DIE REVENUEN-HYPOTHEK, -GRUNDSCHULD UND -RENTENSCHULD NACH GELTENDEM PREUSSISCHEN RECHT.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER JURISTISCHEN DOKTORWÜRDE

WELCHE MIT GENEHMIGUNG

DER HOHEN JURISTISCHEN FAKULTÄT

DER

VEREINIGTEN FRIEDRICHS-UNIVERSITÄT

HALLE-WITTENBERG

ZUGLEICH MIT DEN ANGEHÄNGTEN THESEN

AM DIENSTAG, DEN 21. DEZEMBER 1909, VORM. 11 UHR

ÖFFENTLICH VERTEIDIGEN WIRD

OTTO v. MERING

REFERENDAR

z. Zt. in HALLE A. S.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

OPPONENTEN:

HERR REFERENDAR DR. WERNER KUESSNER IN HALLE A. S.

HERR CAND. JUR. OTTO SCHWARZ IN HALLE A. S.

HALLE a. S.

HOFBUCHDRUCKEREI VON C. A. KAEMMERER & Co.

1909.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548101_0038

Meiner Mutter!

Inhaltsverzeichnis.

Seite.

Einleitung. Gedankengang 1

I. Teil.
Allgemeine Abhandlung.

I. Abschnitt.
§ 1. Begriff der Revenuen-Hypothek, -Grundschuld und -Rentenschuld 4

II. Abschnitt.
§ 2. Die für die Revenuen-Hypothek, -Grundschuld und -Rentenschuld geltenden Gesetze 10

II. Teil.
Systematische Darstellung.

I. Hauptstück.
§ 3. Die Revenuen-Hypothek, Aufzählung der Grundstücke, an welchen sie heute allein noch möglich ist. . 18

I. Titel.
Die Revenuen-Hypothek an Fideikommissen insbesondere.

I. Abschnitt.
§ 4. Allgemeines; die beiden Hauptarten der Revenuen-Hypothek an Fideikommissen 23

II. Abschnitt.
Die Begründung der Revenuen-Hypothek an Fideikommissen

Seite.

I. Kapitel.

§ 5. Die Begründung der nicht eigentlichen Revenuen-Hypothek 25

II. Kapitel.

§ 6. Die Begründung der eigentlichen Revenuen-Hypothek 33

III. Abschnitt.

Die durch die Revenuen-Hypothek begründeten Rechte und Pflichten.

I. Kapitel.

§ 7. Das Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Fideikommissbesitzer bezw. Familie 52

A. Die Anwendung der Vorschriften des Reichsrechts 52

B. Die besonderen Vorschriften des Landesrechts 59

II. Kapitel.

§ 8. Prozessuale Geltendmachung der Revenuen-Hypothek 61

III. Kapitel.

§ 9. Zwangsvollstreckung 75

IV. Kapitel.

§ 10 Die Rechte der Familie bezw. der einzelnen Anwärter 80

V. Kapitel.

§ 11. Die Beaufsichtigung der Fideikommissbehörde . . 82

IV. Abschnitt.

§ 12. Das Erlöschen der Revenuen-Hypothek an Fideikommissen 84

II. Titel.

Die Revenuen-Hypothek an Lehnen.

I. Abschnitt.

§ 13. Allgemeines: Bedeutung der Revenuen-Hypothek an Lehnen 87

II. Abschnitt.

§ 14. Die Begründung der Revenuen-Hypothek an Lehnen 88

Seite.

III. Abschnitt.
Von der beschränkten Hypothek.
§ 15. Abweichungen der Lehn-Revenuen-Hypothek an Fideikommissen hinsichtlich der einzelnen Rechte und Pflichten der Beteiligten 96

IV. Abschnitt.
§ 16. Der Untergang der Revenuen-Hypothek an Lehnen 106

II. Hauptstück.
§ 17. Besonderheiten der Revenuen-Grundschuld und -Rentenschuld 107

Literaturübersicht.

A. Achilles, Die preussischen Gesetze über Grundeigentum und Hypothekenrecht vom 5. Mai 1872. 4. Aufl. 1894.

A. Achilles-O. Strecker, Die Grundbuchordnung nebst den preussischen Ausführungsbestimmungen. 1901.

W. Bahlmann, Das preussische Grundbuchrecht. 3. Aufl. 1880.

F. Berthold, Die Rechte der Familienfideikommissanwärter bei Veräusserungen und Belastungen des Fideikommissgutes. Dissertation 1905.

J. Biermann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. 2. Aufl. 1905.

W. Bornemann, Systematische Darstellung des preussischen Civilrechts. 1842—1845.

J. Conrad, Leitfaden zum Studium der Volkswirtschaftspolitik. 3. Aufl. 1908.

H. Dernburg, Lehrbuch des preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs. 5. Aufl. 1894.

— Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens. 4. Aufl. 1908.

— Preussisches Hypothekenrecht. Bd. II. 1891.

L. Duncker, Das Gesamteigentum. 1843.

Eccius in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts XXVIII. Jahrgang. S. 1 ff. 1884.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.

Entscheidungen des Königlichen Obertribunals, herausgegeben im amtlichen Auftrage.

Entscheidung des Reichsgerichts in Gruchot's Beiträgen.

Entscheidungen des Königlichen Obertribunals im Archiv für Rechtsfälle, herausgegeben von Th. Striethorst.

Entscheidungen des Kammergerichts in den Jahrbüchern von R. Johow.

Entwurf — Vorläufiger Entw. eines Gesetzes über Familienfideikommisse nebst Begründung. 1903.

O. Fischer-L. Schaefer, Die Gesetzgebung, betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen im Reiche und in Preussen. 1902.

D. Fischer-F. Schroeder, Preussische Bürgerliche Gesetzsammlung. 1901—1902. (Das allgemeine Landrecht und die Gesetze von 1773—1902.)

F. Förster, Allgemeine Hypotheken-Ordnung. 2. Aufl. 1861.

F. Förster-E. Eccius, Preussisches Privatrecht. 7. Aufl. 1897.

R. Frank, In der Zeitschrift für deutschen Zivilprozess.

L. Gaupp-Fr. Stein, Die Civilprozessordnung für das deutsche Reich. 8. und 9. Aufl. 1906.

O. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. II. Sachenrecht. 1905.

R. Gierke, Der Verzicht des Fideikommissbesitzers. Dissert. 1905.

Göschel, In Simon und Strampffs Zeitschrift.

K. Hübner, Die Reformen auf dem Gebiete des Immobiliar-Sachenrechts. 1869.

P. Jaeckel, Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 24. März 1897. 1909.

Kiehl, In der Zeitschrift für deutschen Civilprozess.

F. Koch, Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten. 8. Aufl. 1886.

J. Kohler, Pfandrechtliche Forschungen. 1882.

J. Krech-O. Fischer, Die Gesetzgebung betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen im Reiche und in Preussen. 5. Aufl. 1907.

W. Lewis, Das Recht des Familienfideikommisses. 1868.
Motive zum Eigentumserwerbsgesetz in den Materialien von F. Werner. 1872.
Motive zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches.
Neubauer, Zusammenstellungen des in Deutschland geltenden Rechts, betr. Stammgüter, Familienfideikommisse, Familienstiftungen, bäuerliches Recht, Reallasten etc. Lehnrecht. 1879.
H. Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 4. Aufl. 1905.
H Oberneck, Die preussischen Grundbuchgesetze. 2. Aufl. 1896.
— Das Reichsgrundbuchrecht. 4. Aufl. 1909.
G. Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 3. Aufl. 1903—1905.
H. Ramdohr, Das Familienfideikommiss im Gebiete des preussischen Allgemeinen Landrechts. 1909.
H. Rehbein, Die Entscheidungen des vormaligen Preussischen Ober-Tribunals auf dem Gebiete des Civilrechts.
H. Rehbein-O. Reincke, Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten. 5. Aufl. 1894.
H. Rosin, In Iherings Jahrbüchern. 1893.
J Schmidt, Lehrbuch des preussischen Prozesses. 1864.
J. von Staudinger-K. Kober, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche und dem Einführungsgesetze. 3./4. Aufl. 1907.
J. Struckmann-R. Koch, Die preussischen Ausführungsgesetze zu den Reichs-Justizgesetzen. 2. Ausg. 1881.
R. Sydow-L. Busch, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen. 9. Aufl. 1901.
W. Turnau, Die Grundbuchordnung vom 5. Mai 1872. 5. Aufl. 1892.
W. Turnau-K. Förster, Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preussischen Ausführungsbestimmungen. 3. Aufl. 1906.

Willenbücher, Das preussische Grundbuchrecht in seiner gegenwärtigen Geltung. 2. Aufl. 1893.

G. v. Wilmowski-M. Levy, Civilprozessordnung und Gerichtsverfassung für das deutsche Reich nebst den Einführungsgesetzen. 7. Aufl. 1895.

Th. Wolff, Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. 3. Aufl. 1909.

R. v. Zedlitz, Die Rechte der Anwärter bei dem deutschen Familienfideikommiss. Dissert. 1894.

Einleitung.

Gedankengang.

In der folgenden Abhandlung soll der Versuch gemacht werden, ein für das Landesprivatrecht, insbesondere aber für Preußen in hohem Maße wichtiges Rechtsinstitut im Zusammenhange und möglichst erschöpfend darzustellen. Die Bedeutung der Revenuen-Hypothek, -Grundschuld und -Rentenschuld für unsere Monarchie erhellt, wenn man sich vergegenwärtigt, daß in den sieben östlichen Provinzen über 6 % der gesamten nutzbaren Fläche fideikommissarisch festgelegt sind[1]), eine Belastung der Fideikommisse aber regelmäßig nur in Form der Revenuen-Verpfändung möglich ist. Andererseits fehlt es in der Literatur bislang an einer einheitlichen und umfassenden Abhandlung über die genannte Materie, trotzdem diese in mancher Hinsicht nicht geringe Schwierigkeiten bietet[2]). Unter diesen Umständen darf die Bearbeitung des vorliegenden Themas wohl als gerechtfertigt gelten.

Was den Plan dieser Schrift anbetrifft, so war in dem ersten, allgemeinen Teil zunächst die sehr umstrittene Frage zu erörtern, wie die Revenuen-Hypothek, bzw. -Grundschuld und

[1]) J. Conrad, Volkswirtschaftspolitik, § 13. Hierbei sind Lehne und Stammgüter nicht einmal berücksichtigt.

[2]) Ich sehe ab von der Schrift von Eccius in Gruchots Beiträgen, Bd. 28, S. 1 ff.; hier finden sich im wesentlichen nur theoretische Erörterungen über das Recht der Revenuen-Hypothek. Vor allem wird die heute nicht mehr aktuelle Frage erörtert, ob Revenuen-Hyptheken vor 1900 an freiem Eigentum begründet werden konnten.

-Rentenschuld begrifflich aufzufassen ist. Im Anschluß daran ergab sich die Notwendigkeit, alle einschlägigen Gesetze über die ganze zu behandelnde Materie hervorzuheben; insbesondere mußte dabei auch genau geprüft werden, inwieweit die Reichsgesetzgebung dem Landesrecht Spielraum gelassen hat.

Im zweiten Teil, den ich systematische Darstellung nannte, habe ich das Recht der Revenuen-Hypothek von dem der beschränkten Grundschuld und Rentenschuld prinzipiell geschieden. Ich ging dabei von dem Gedanken aus, daß die Revenuen-Hypothek die Regel bildet, so daß für das Recht der Revenuen-Grundschuld und -Rentenschuld nur vorhandene Besonderheiten festzustellen waren.

Zu Beginn der Abhandlung über die Revenuen-Hypothek schien es geboten, alle diejenigen Fälle aufzuzählen, in denen die gedachte Pfandrechtsart heute noch vorkommen kann. Es zeigte sich, daß es im ganzen fünf Arten von Grundbesitz gibt, wo dies zutrifft, daß aber nur zwei Arten, nämlich Fideikommisse und Lehne des näheren zu berücksichtigen waren. Nun entstand die Frage, welches von den genannten beiden Rechtsgebieten zuerst der Betrachtung gewidmet werden sollte: Obwohl das ALR. die Lehne zunächst behandelt, und obgleich die darüber geltenden Bestimmungen im Fideikommißrechte vielfach in Bezug genommen werden, glaubte ich doch die Frage zugunsten des letzteren entscheiden zu müssen.

Die Fideikommisse sind heutzutage von unverhältnismäßig höherer Bedeutung als die Lehne; da nun eine Reihe allgemeiner Grundsätze beiden Rechtsinstituten gemeinsam sind, so hätte bei nachfolgender Behandlung der Fideikommißhypothek häufig auf die vorhererwähnten Rechtssätze über Lehne verwiesen werden müssen. Mit Rücksicht auf die praktische Anwendbarkeit dieser Rechtsätze schien aber der umgekehrte Weg als zweckmäßiger und darum als der richtige.

Zum Schluß noch ein paar Bemerkungen hinsichtlich des Gedankenganges bei Entwicklung des Rechts der Revenuen-Hypothek an Fideikommissen. Eingeteilt wurde dieser Titel in vier Abschnitte, von denen der erste sich mit der begrifflichen Unter-

scheidung der beiden Hauptarten von Revenuenbelastungen befaßt. Der zweite betrifft die Begründung und der letzte den Untergang der Revenuen-Hypothek. Der dritte endlich hat es mit allen übrigen bedeutungsvollen Rechtssätzen zu tun und wurde daher überschrieben „Die durch die Revenuen-Hypothek begründeten Rechte und Pflichten". Hiermit sind, wie ausdrücklich hervorgehoben sei, nicht nur die Befugnisse und Pflichten des Gläubigers, des Besitzers und der Familie, sondern es ist auch das staatliche Aufsichtsrecht der Fideikommißbehörde gemeint.

In durchaus ähnlicher Weise konnte bei der Lehnhypothek verfahren werden, nur daß das Kapitel über die Fideikommißbehörde hier wegfallen mußte.

I. Teil.

Allgemeine Abhandlung.

1. Abschnitt.

§ 1. Begriff der Revenuen-Hypothek, -Grundschuld und -Rentenschuld.

Die Begriffsbestimmung der Revenuen-Hypothek ist schon seit geraumer Zeit Gegenstand lebhaften Streits gewesen, in dessen Verlauf drei Theorien über das Wesen des genannten Rechtsintituts aufgestellt wurden.

Das Reichsgericht[1] und mit ihm eine Reihe von Schriftstellern[2]) hat sich wiederholt auf den Standpunkt gestellt, daß die Revenuen-Hypothek in Wahrheit nichts anderes sei als eine Verpfändung das Nutzungsrechts des Eigentums. Weiter wird behauptet, daß das gedachte Rechtsinstitut lediglich ein Pfandrecht an den Nutzungen des Grundstücks enthalte. Endlich ist die unter anderen besonders von Kohler[3]) vertretene Ansicht hervorzuheben, nach der bei der Revenuen-Hypothek wie bei jedem Pfandrecht Objekt die Sache selbst, also das Grundstück ist unter Beschränkung der Ausbeutekraft der Pfandberechtigung auf die Fruchtziehung.

Allen diesen Anschauungen ist offenbar gemeinsam, daß die Revenuen-Hypothek eine pfandrechtliche Belastung ist, die in die dritte Abteilung des Grundbuchblattes

[1]) Bd. 13, S. 234 ff.

[2]) Z. B. Oberneck, Grundbuchgesetze, Anm. I zu § 45; Förster-Eccius, III, S. 459, Anm. 33.

[3]) Pfandrechtliche Forschungen, S. 253.

eingetragen wird und so gestaltet ist, daß aus ihr die Zwangsvollstreckung in das Grundstück selbst nicht im Wege der Zwangsversteigerung stattfinden kann. Diese Definition, die allerdings inhaltlich noch zu wenig besagt, ist jedenfalls unanfechtbar. Ich komme nunmehr auf die zuerst wiedergegebene Behauptung zurück, nach der das „Nutzungsrecht" verpfändet ist.

Diese Auffassung liegt offenbar auch der Abhandlung von Göschel in Simon und Strampffs Zeitschrift[1]) zugrunde. Der genannte Schriftsteller geht davon aus, daß das Eigentum nach seinen Bestandteilen in drei trennbare Zweige zerfällt,

1. die Proprietät oder das Recht auf die Substanz,
2. den Besitz.
3. das Nutzungsrecht.

Wenn nun alle diese Rechte unterpfändlich verschrieben seien, heißt es dann weiter, so sei eine volle Hypothek konstituiert, während durch ausschließliche Belastung des Nutzungsrechts eine Revenuen-Hypothek begründet würde[2]).

Die Theorie Göschels stützt sich wohl zum Teil auf ALR. II, 4, § 72 in Verbindung mit §§ 1 ff. I, 18.

In Betracht kommt vorzugsweise § 4, I, 18: „Das zum Eigentum gehörige Nutzungsrecht ist in dem besondern und ausschließenden Eigentum des nutzbaren Eigentümers." — Mit Rücksicht auf diese Bestimmung und mit Rücksicht darauf, daß die rechtliche Ausgestaltung der Fideikommisse durch Art. 59 EGBGB. der Landesgesetzgebung überlassen worden ist, muß allerdings zugestanden werden, daß man von einem selbständigen Nutzungsrechte des Fideikommißbesitzers auch heute noch sprechen kann. Allein die Frage, ob dieses Nutzungsrecht in irgend einer Weise pfändbar ist, wird dadurch noch nicht in bejahendem Sinne entschieden. Vielmehr widerspricht die Verpfändung des sogenannten nutzbaren Eigentums den geltenden Grundsätzen über Familienfideikommisse, denn nach diesen ist die Über-

[1]) Jahrgang 1830, S. 409 ff.
[2]) Göschel, a. a. O. S. 411, 412.

tragung des dominium utile jedenfalls ausgeschlossen [1]). Soweit aber ein Recht nicht übertragen werden kann, ist es auch nicht pfändbar (BGB. § 1274, 2. Also ist es unzulässig und mit dem Sinne des Gesetzes nicht vereinbar, die Revenuen-Hypothek begrifflich für eine Verpfändung des Nutzungsrechts zu erklären [2]).

Die zweite der widerstreitenden Meinungen wird, wie bereits angedeutet, nur selten vertreten und auch da ohne nähere Begründung. Doch ist zuzugeben, daß eine Anzahl von Lehrbüchern und Kommentaren beiläufig davon sprechen, daß die Revenuen-Hypothek nur die Nutzungen, nicht aber die Substanz verhafte, ohne daß man hieraus im allgemeinen schließen könnte, daß die betreffenden Schriftsteller Anhänger der zweitgenannten Theorie sind. Das dürfte z. B. bei Dernburg der Fall sein. Derselbe sagt im „Preußischen Privatrecht“ [4], wo er die Materie ausführlicher erörtert: „Eine besondere Art von Hypotheken bilden die sog. Revenuen-Hypotheken, deren Gegenstand nicht die Substanz des Grundstückes, sondern nur das dem Eigentümer an demselben zustehende Nutzungsrecht ist. Im Lehrbuch des „Bürgerlichen Rechts“ [5]) aber heißt es: „Bezüglich der Lehne und Fideikommisse kennen die Landesrechte Revenuen-Hypotheken,

[1]) Ebenso Ramdohr, S. 335: „Die Übertragung der Ausübung ist zulässig, sie hat indessen lediglich obligatorische Wirkungen. Das nutzbare Eigentum kann weder verpfändet noch gepfändet werden.“

[2]) Unrichtig Rehbein, Entscheidungen des Obertribunals, IV, 684: „Für die Dauer seines Rechts kann der FK.Besitzer auch über das Nutzungsrecht als solches verfügen, Nießbrauch konstituieren, wenn auch der Zweck der Fideikommißstiftung dadurch vereitelt werden kann.“ Vgl. Ramdohr, S. 335, Anm. 8.

[3]) Mit Recht zieht Rehbein, III, S. 504 auch die vom Reichsgericht Bd. 13, S. 234 bejahte Frage in Zweifel, ob das Nutzungsrecht des Eigentümers als eingetragenes Immobile im Sinne des Eigentumserwerbsgesetzes (heute BGB.) überhaupt gelten kann. Willenbücher, Anm. 2 zu § 45, S. 114 hält dies ganz richtig für ausgeschlossen. Es ist daher falsch, mit Scherer, S. 246 zu behaupten, die Revenuen-Hypothek sei „eine Hypothek an den Nießbrauch und die Nutznießungen“.

[4]) S. 823, Nr. 3,

[5]) S. 752, Nr. 3.

welche nur die Nutzungen und Einkünfte, nicht die Substanz belasten." Hiernach wird an der einen Stelle das Nutzungsrecht, an der andern werden die Nutzungen und Einkünfte als Gegenstand des Pfandrechts angesehen. Der Verfasser will indessen offenbar die zweite Theorie nicht gelten lassen. Immerhin wird sie, sei es mit, sei es ohne Absicht auch von verschiedenen anderen Schriftstellern vertreten. Zu diesen gehören Rehbein[1]) und Hübner[2]) für den früheren Rechtszustand; unter der Herrschaft des BGB. nennt Biermann[3]) die Revenuen-Hypothek eine Hypothek, bei welcher nur die Nutzungen, nicht die Substanz des Grundstücks haften. Vielleicht sind sich die genannten Verfasser der Tragweite dieser Definition nicht voll bewußt geworden. In jedem Falle ist sie nicht schwer zu widerlegen. Denn einerseits kann man nicht den Reingewinn verhaftet sein lassen, weil dessen Verpfändung begrifflich offenbar eine Unmöglichkeit ist, andererseits ist es ebenso unrichtig zu behaupten, die Revenuen-Hypothek sei ein Pfandrecht an den Nutzungen des Grundztücks, sofern man diesen Ausdruck wörtlich gemäß § 100 des BGB. auffaßt, denn auch von einer Verpfändung der Nutzungen in diesem Sinne kann man nicht sprechen, weil die Erträge doch in jedem Falle nur unter Abzug der Kosten für die Gewinnung der Früchte dem Gläubiger zufließen und darum als verpfändet angesehen werden können[4]) [5]).

Es bleibt nunmehr nur noch die, soviel ich sehe, zuerst von Kohler vertretene Auffassung zu untersuchen. Der genannte Gelehrte bemerkt in seinen „pfandrechtlichen Forschungen" — im Widerspruch mit Dernburg —: „Objekt bei jedem Pfandrechte, bei Nutzungspfandrechten wie bei Veräußerungspfandrechten ist die

[1]) Rehbein, III, S. 503.

[2]) Hübner, S. 72.

[3]) Biermann, S. 298.

[4]) Vgl. auch § 102 des BGB.

[5]) Achilles, Die preußischen Gesetze über Grundeigentum und Hypothekenrecht, Anm. 2 zu § 45, S. 238 und 239 führt zutreffend aus, daß die Form der Eintragung für eine Verpfändung der Revenuen nicht paßt, weil die Buchführung auf diese sich nicht erstreckt.

Sache selbst; und nur die Ausbeutekraft der Pfandberechtigung ist eine verschiedene, bei der Revenuen-Hypothek auf die Fruchtziehung beschränkte.“ Und in demselben Sinne schreibt Achilles-Strecker[1]), daß die Hypothek „hier wie dort“ das Grundstück selbst belastet. Endlich wäre noch eine von Johow zitierte Entscheidung des Kammergerichts[2]) zu erwähnen, wonach „Objekt der Belastung das Fideikommiß mit den sich aus der Fideikommißeigenschaft für die Tragweite der Belastung und das Gläubigerrecht ergebenden Beschränkungen ist, das Fideikommiß, für welches das Grundbuch nach dem Titelblatt allein geführt wird“.

Allen diesen Ausführungen muß meines Erachtens unumwunden zugestimmt werden. Ich werde versuchen, sie auch meinerseits näher zu begründen, bzw. die dagegen vorgebrachten Einwände möglichst zu entkräften. Dieselben beruhen im wesentlichen auf dem Gedanken, daß die Befugnis, sich aus der verpfändeten Sache selbst, d. h. aus ihrer Substanz zu befriedigen, „ein so wesentliches Merkmal eines jeden Pfandrechts bildet, daß eine Verpfändung eben nur durch die Einräumung dieser Befugnis und nur insoweit, als sie dem Gläubiger eingeräumt wird, erfolgen kann“[3]).

Diese Beweisführung ist nur bedingt richtig. Allerdings ist das Veräußerungsrecht ein überaus wichtiges Merkmal eines jeden Pfandrechts, noch wesentlicher aber und der eigentlich leitende Grundsatz ist die Sicherung der Befriedigung des Gläubigers. Wie steht es aber in Wirklichkeit vielfach mit dieser Sicherung? Nehmen wir den Fall, daß jemand für eine hochwertige Forderung einen geringwertigen Gegenstand zum Pfande erhält, so haben wir ein Pfandrecht, das an Sicherheit die Revenuen Hypothek regelmäßig nicht übertrifft. Ist aber z. B. ein Grundstück bereits über den eigenen Wert hinaus ver-

[1]) Achilles-Strecker, S. 69.
[2]) Johow, Bd. 6, S. 120.
[3]) Entscheidung des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 13, No. 56, S. 235.

pfändet, so kann es immer noch mit einer neuen Hypothek belastet werden, ohne daß diese Belastung irgend welche Bürgschaft für die ordnungsmäßige Befriedigung des Gläubigers bildet. Die letztere steht vielmehr lediglich auf dem Papier und verschafft dem Gläubiger, wenigstens unter normalen Verhältnissen, überhaupt keinen Vorteil.

Wir sehen: auch der oberste Grundsatz des Hypothekenrechtes kann durch die Praxis vollständig gebrochen werden. Warum sollte da das andere Prinzip, das doch nur Ausfluß jenes ersten höheren ist, ich meine das Prinzip des Veräußerungsrechts eine Ausnahme nicht zulassen? Es kommt hinzu, daß es sich bei der Revenuen-Hypothek nicht um einen willkürlichen Ausschluß der Zwangsversteigerung, sondern um einen kraft Rechtsvorschrift unveräußerlichen Gegenstand handelt, in den die Zwangsvollstreckung eben wegen dieser Unveräußerlichkeit nicht nach jeder Richtung hin statthaft ist. Ferner muß darauf hingewiesen werden, daß, wenn das Distraktionsrecht auch als Mittel zur Befriedigung des Gläubigers von großer Wichtigkeit ist, so doch ein dahingehendes Bedenken sehr geringfügig erscheint gegenüber den unüberwindlichen Hindernissen, die den zuerst genannten Theorien entgegenstehen. Schließlich steht auch Art. 60 des BGB. seiner ganzen Fassung nach auf dem gleichen Standpunkt, obwohl zuzugeben ist, daß speziell das BGB. rechtstheoretisch nicht maßgeblich ist.

Die Revenuen-Hypothek dürfte daher zu definieren sein als eine Hypothek im eigentlichen Sinne, die sich begrifflich von der gewöhnlichen Hypothek lediglich dadurch unterscheidet, daß aus ihr die Zwangsvollstreckung in das Grundstück selbst (d. h. in die Substanz) nur im Wege der Zwangsverwaltung erfolgen kann.[1])

Ganz analog ist die Stellung der Revenuen-Grundschuld und Revenuen-Rentenschuld zu präzisieren.

---

[1]) Vgl. auch O. Gierke, Deutsches Privatrecht, II, S. 849.

II. Abschnitt.

§ 2. Die für die Revenuen-Hypothek, -Grundschuld und -Rentenschuld geltenden Gesetze.

Die für die Revenuen-Belastung im Bereiche des Allgemeinen Landrechts im einzelnen geltenden Rechtssätze beruhen auf einer verhältnismäßig großen Zahl von Reichs- und Landesgesetzen.

Zu den ersteren gehört vor allem das Bürgerliche Gesetzbuch. Inwieweit dessen Vorschriften, insbesondere die §§ 1113—1198 Anwendung zu finden haben, regelt zunächst das Einführungsgesetz des BGB.; und zwar kommen hier in Betracht die Artikel 57, 58, 59 und 60. Dieselben lauten:

Artikel 57: „In Ansehung der Landesherren und der Mitglieder der landesherrlichen Familien sowie der Mitglieder der Fürstlichen Familie Hohenzollern finden die Vorschriften des BGB. nur insoweit Anwendung, als nicht besondere Vorschriften der Hausverfassungen oder der Landesgesetze abweichende Bestimmungen enthalten.

Das gleiche gilt in Ansehung der Mitglieder des vormaligen Hannoverschen Könighauses, des vormaligen Kurhessischen und des vormaligen Herzoglich Nassauischen Fürstenhauses."

Artikel 58: „In Ansehung der Familienverhältnisse und der Güter derjenigen Häuser, welche vormals reichsständisch gewesen und seit 1806 mittelbar geworden sind, oder welche diesen Häusern bezüglich der Familienverhältnisse und der Güter durch Beschluß der vormaligen deutschen Bundesversammlung oder vor dem Inkrafttreten des BGB. durch Landgesetz gleichgestellt worden sind, bleiben die Vorschriften der Landesgesetze und nach Maßgabe der Landesgesetze die Vorschriften der Hausverfassungen unberührt.

Das gleiche gilt zu Gunsten des vormaligen Reichsadels und derjenigen Familien des landsässigen Adels, welche vor dem Inkrafttreten des BGB. dem vormaligen Reichsadel durch Landesgesetz gleichgestellt worden sind."

Artikel 59: „Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über Familienfideikommisse und Lehne mit Einschluß der allodifizierten Lehne sowie über Stammgüter."

Artikel 60: „Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Bestellung einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld an einem Grundstücke, dessen Belastung nach den in den Artikeln 57—59 bezeichneten Vorschriften nur beschränkt zulässig ist, dahin gestatten, daß der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstücke lediglich im Wege der Zwangsverwaltung suchen kann."

Über die Bedeutung dieser Bestimmungen herrscht Streit. Planck[1]) sagt: „Inwieweit und in welcher Art die unter Art. 57—59 fallenden Grundstücke zum Zwecke der Ausnützung des Realkredits belastet werden können, das gestatten die genannten Artikel selbst. Art. 60 ist im Grunde genommen nur eine Verdeutlichung der Art. 57—59, da in dem weitergehenden Vorbehalte dieser Artikel die spezielle Ermächtigung des Art. 60 schon enthalten ist." Hiermit stimmt auch Jaeckel[2]) überein, während eine Reihe anderer Schriftsteller, darunter besonders Wolff[3]) die Ansicht vertreten, der Landesgesetzgebung sei die Regelung der Revenuen-Hypothek nur nach Maßgabe des Vorbehalts in Art. 60, also nur hinsichtlich der Bestellung überlassen worden[4]). Ich werde im folgenden versuchen, die Frage zur Entscheidung zu bringen.

Planck hält ebenso wie Jaeckel den ganzen § 60 nicht für notwendig, alles, was darin steht, sei bereits in §§ 57, 58, 59

---

[1]) Bd. VI, Anm. 1 zu Art. 60.

[2]) Anm. 1 zu Art. 13 des preußischen Ausführungsgesetzes zum Zwangsversteigerungsgesetz, S. 716.

[3]) Anm. 5 zu § 155.

[4]) „Die Neubegründung der Revenuen-Hypothek in Preußen ist für Lehn- und FKGüter, sowie für die Güter der im Art. 57, 58 EGBGB. bezeichneten Familien noch zulässig, aber ihr Vorzug bei einer von einem andern Gläubiger betriebenen Zwangsverwaltung mit dem Kapital zur Hebung zu kommen, ist nicht konserviert." Wolff, a. a. O.

enthalten. Diesem Urteil steht das Prinzip gegenüber, nach dem gesetzliche Bestimmungen niemals unnötig sein sollen. Aber es muß zugegeben werden, daß wir tatsächlich, auch im BGB., Vorschriften haben, die bereits aus dem Inhalte sonstiger Anordnungen folgen. Immerhin wird auch in diesen Fällen ein gewisses Bedürfnis vorliegen müssen, und dieses Bedürfnis soll bei Art. 60 nach Planck in der Verdeutlichung der Art. 57—59 liegen. Nun ist aber Art. 60 nicht eine verdeutlichende, sondern eine notwendig ergänzende Vorschrift. Hierfür spricht m. E. vor allem die ganze Struktur des genannten Artikels: Planck sagt, inwieweit und in welcher Art Fideikommisse belastet werden können, regelt sich nach § 59, d. h. nach Landesrecht. Wäre das richtig, so müßte aber Art. 60 anders lauten als in Wirklichkeit. Es dürfte auf keinen Fall heißen: Unberührt bleiben die Vorschriften, welche die Bestellung einer Hypothek . . dahin gestatten, daß der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstück lediglich im Wege der Zwangsverwaltung suchen kann. Es müßte vielmehr etwa heißen: Unberührt bleiben insbesondere die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Bestellung einer Hypothek in anderer Weise als nach den Bestimmungen des BGB. gestatten. Durch die Formel „dahin gestatten, daß" wird m. E. unzweifelhaft klargestellt, daß nur die Zwangsversteigerung ausgeschlossen werden darf, im übrigen aber das Landesrecht hinsichtlich der Art der hypothekarischen Belastung keine Aktionsfreiheit hat.

Hieraus kann man nun den Rückschluß ziehen, daß Art. 57—59 nicht den weiteren Sinn haben, der ihnen von Planck zugeschrieben wird. Ihre Bedeutung dürfte vielmehr dahin zu präzisieren sein, daß es durch sie dem Landesrechte vorbehalten ist, fideikommissarisch und anderweitig beschränktes Eigentum zuzulassen, sowie die Rechtsverhältnisse hinsichtlich der Verfügungsmacht zu regeln, insbesondere auch die Voraussetzungen einer wirksamen Belastung der betreffenden Grundstücke zu bestimmen. Die Art und Weise der Belastung abweichend vom BGB. zu ordnen ist nur erlaubt, soweit der

Vorbehalt des Art. 60 reicht. So ist nach meinem Dafürhalten jedem der genannten Artikel sein Wirkungskreis zuzuweisen.

Noch aus einem anderen Grunde dürfte die Auffassung Plancks und Jaeckels nicht richtig sein. Sollte wirklich Art. 60 „im Grunde genommen nebensächlich sein", und sollte auch das „Wie" der Belastung durch die vorhergehenden Artikel dem Landesrechte vorbehalten sein, so würde dadurch der Grundsatz der Rechtseinheit in schwerwiegender Weise beeinträchtigt werden, bzw. beeinträchtigt werden können. Es würde den Einzelstaaten gestattet sein, vom Bürgerlichen Gesetzbuche grundverschiedene Verpfändungsarten einzuführen und etwa die römische, bzw.. gemeinrechtliche Hypothek im Immobiliarverkehr wieder aufleben zu lassen. Das alles aber würde ohne jeden stichhaltigen Grund für die Durchbrechung des gewünschten möglichst einheitlichen Charakters des gesamten Rechtes geschehen. — Auch hierin muß man einen Grund für die Unhaltbarkeit der Auffassung der genannten Schriftsteller erblicken.

Die eben besprochene Streitfrage ist weniger um ihrer selbst willen, sondern vor allem deswegen aufgerollt worden, weil die Bedeutung des § 2 des Einführungsgesetzes zum Zwangsversteigerungsgesetz teilweise von der Entscheidung der genannten Kontroverse abhängt. Absatz 1, Satz 1 des angegebenen Paragraphen lautet: „Soweit in dem Einführungsgesetze zum Bürgerlichen Gesetzbuche zugunsten der Landesgesetze Vorbehalte gemacht sind, gelten sie auch für die Vorschriften der Landesgesetze über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung."

Auf Grund dieses Paragraphen ist nun im Art. 13 des preußischen Ausführungsgesetzes zum ZwG. folgendes angeordnet worden: „Ist bei der Verteilung eines im Zwangsverwaltungsverfahren erzielten Überschusses ein Anspruch aus einem eingetragenen Rechte zu berücksichtigen, wegen dessen der Berechtigte Befriedigung aus dem Grundstücke lediglich im Wege der Zwangsverwaltung suchen kann, so ist in den Teilungsplan der ganze Betrag des Anspruchs aufzunehmen."

Die Gültigkeit dieser Bestimmung wird von Wolff[1] bestritten, weil § 60 des EGBGB., auf welchen § 2 des EGZwG. bezugnimmt, abweichende landesrechtliche Vorschriften ausdrücklich nur hinsichtlich der Bestellung von Revenuen-Hypotheken gestatte, nicht aber über die sonstige rechtliche Behandlung der Revenuen-Hypothek. Dem ist nun Jaeckel mit der oben erörterten Begründung entgegengetreten, der Vorbehalt zugunsten der Revenuen-Hypotheken ergäbe sich aus Art. 59. bzw. 57 und 58.

Obwohl diese letztere Ansicht unrichtig ist, dürfte Jaeckel doch darin beizustimmen sein, daß Art. 13 rechtsgültig ist, daß also die Bestimmung des Art. 60 bezw. § 2 immerhin inhaltsreicher ist, als von Wolff a. a. O. ausgeführt wird. Die Bedenken des letztgenannten Autors gründen sich hauptsächlich auf das Wort „Bestellung" der Revenuen-Hypotheken, dem er offenbar eine übergroße Bedeutung beilegt. Aus dem Zusammenhange dürfte sich ergeben, daß die betreffende Ausdrucksweise nur aus stilistischen Rücksichten gebraucht wurde, nicht aber um die Aktionsfreiheit der Landesgesetze im eigentlichen Sinne auf die „Bestellung" von Revenuen-Hypotheken zu beschränken. Tatsächlich ist eine derartige Beschränkung auch gar nicht unbedingt durchzuführen, denn das Institut der auf die Zwangsverwaltung beschränkten Hypothek fordert in mancher Hinsicht mit logischer Notwendigkeit Abweichungen vom Reichsrecht, die sich nicht nur auf die Bestellung der genannten Hypothek beziehen. Andererseits dürfen die Landesgesetze allerdings nicht willkürliche Abweichungen vom Reichsrecht treffen, da auch die Revenuen-Hypothek prinzipiell eine Hypothek im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs bleiben muß. Soweit aber diese grundsätzliche Stellung der beschränkten Hypothek unangetastet bleibt, sind Abänderungen einzelner Bestimmungen durch die Landesgesetzgebung unbedenklich als gültig anzusehen. In diesem Sinne dürfte Art. 60 und genau in demselben § 2 des EGZwG. aufzufassen sein.

[1]) Anm. 5 zu § 155, S. 443.

Der Zweck dieser Erörterungen war darzulegen, inwieweit zugunsten des Landesrechts Vorbehalte bestehen. Dieser Zweck wäre nunmehr erreicht, und die einschlägigen landesgesetzlichen Vorschriften könnten jetzt, was das anbetrifft, aufgezählt werden. Allein wir müssen vorerst noch auf Art. 192 Abs. 2 des EGBGB. hinweisen, nach dem eine bereits vorhandene Beschränkung des Pfandrechts, die nur die Zwangsverwaltung gestattet, in jedem Falle aufrechterhalten bleibt. Noch beachtenswerter ist Art. 61, der den Grundsatz des § 892 des BGB. bei Veräußerungen und Belastungen von Fideikommissen usw. stabiliert. Daß schließlich auch die Vorschriften der Grundbuchordnung, der Zivilprozeßordnung und des Zwangsversteigerungsgesetzes von Bedeutung sind, bedarf als selbstverständlich keiner besonderen Hervorhebung.

Unter den preußischen Gesetzen, die die Revenuenbelastung betreffen, ist zunächst das Ausführungsgesetz zum BGB. vom 20. November 1899 zu nennen. Hier kommt in Betracht § 89. Ib und c. Dadurch werden insbesondere folgende für das vorliegende Thema wichtigen Vorschriften des Allgemeinen Landrechts in Geltung belassen:

Teil I Titel 18, §§ 228ff.; §§ 266ff.; §§ 311—357; §§ 580ff.

Teil II Titel 4, §§ 80—116, § 216, §§ 224—226.

Ferner gelten noch die folgenden u. a. auch die Verpfändung von Lehnen und Fideikommissen betreffenden Bestimmungen:

Das Gesetz vom 15. Februar 1840 über das Zustandekommen von Familienschlüssen bei Familienfideikommissen und Lehnen.

Das Gesetz vom 2. März 1850, betreffend die Ablösung der Reallasten und die Regulierung der gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisse.

Das Gesetz, die Erleichterung gewisser Dispositionen über kurmärkische Lehne betreffend, vom 15. Mai 1852.

Das Gesetz, betreffend die Abänderung der Art. 40 und 41 der Verfassungsurkunde, vom 3. Juni 1852.

Das Gesetz, betreffend die Kompetenz der Gerichtsbehörden in Familienfideikommißsachen, vom 15. März 1855.

Das Gesetz, betreffend die Auflösung des Lehnsverbandes der nach dem Lehnrecht der Kurmark, Altmark und Neumark zu beurteilenden Lehne, vom 23. Juni 1875.

Das Gesetz, betreffend die Aufhebung des Lehnsverbandes in Alt-, Vor- und Hinterpommern und Abänderungen der Lehnstaxe, vom 4. März 1867. Ergänzungsgesetz vom 27. Juni 1875.

Das Gesetz, betreffend die Auflösung des Lehnsverbandes der in dem Herzogtum Schlesien, der Grafschaft Glatz und dem preußischen Markgraftum Oberlausitz belegenen Lehne, vom 19. Juni 1876.

Das Gesetz, betreffend die Auflösung des Lehnsverbandes in der Provinz Westfalen und in den Kreisen Rees, Essen (Stadt und Land), Duisburg und Mülheim an der Ruhr, vom 3. Mai 1876.

Das Gesetz, betreffend die Aufhebung des Lehnsverbandes im Geltungsbezirk des ostpreußischen Provinzialrechts vom 16. März 1877.

Das Gesetz, betreffend die Auflösung des Lehnsverbandes der dem sächsischen Lehnrechte, der Magdeburger Polizeiordnung und dem Longobardischen Lehnrechte, sowie dem APrLR. unterworfenen Lehne in den Provinzen Sachsen und Brandenburg, vom 28. März 1877.

Außerdem wären noch eine Reihe von Agrargesetzen zu erwähnen, nämlich:

Die Deklaration des Edikts vom 14. September 1811 wegen Regulierung der gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisse vom 29. Mai 1816.

Die Verordnung über die Verschuldung der Lehne und Fideikommisse bei Auseinandersetzung der Gutsherrn und Bauern vom 9. Mai 1818[1]).

[1]) Diese Verordnung ist heute nicht mehr praktisch.

Das Gesetz, die Verschuldung der Lehne und Fideikommisse betreffend, vom 29. Juni 1824.

Die Kabinettsorder, durch welche den Besitzern unverschuldeter oder nur bepfandbriefter Lehen und Fideikommißgüter bei gutsherrlich-bäuerlichen Regulierungen gestattet wird, das Einrichtungskapital auch auf die Substanz des Hauptgutes zum halben Betrage der Abfindung ohne Konsens der Agnaten und Anwärter in Pfandbriefen aufzunehmen, vom 30. Juni 1827.

Die Kabinettsorder, enthaltend die Modifikationen der allerhöchsten Order vom 30. Juni 1827 in betreff solcher Lehns- und Fideikommißbesitzer, welche zur Beschaffung des Einrichtungskapitals nach erfolgter gutsherrlich-bäuerlicher Regulierung den landschaftlichen Kredit nicht benutzen können, vom 13. Mai 1829.

Die Kabinettsorder, betreffend die den Lehn- und Fideikommißbesitzern in sämtlichen Provinzen der Monarchie zu gestattende Verpfändung der Gütersubstanz wegen der Auseinandersetzungskosten und Abfindungen bei gutsherrlich-bäuerlichen Regulierungen, Gemeinheitsseparationen und Ablösungen, vom 2. Juli 1831.

Das Gesetz wegen Sicherstellung der Rechte dritter Personen bei gutsherrlich-bäuerlichen Regulierungen usw. vom 29. Juni 1835.

Endlich ist noch das preußische Ausführungsgesetz zum ZwG. zu erwähnen, dessen Art. 13 bereits oben besprochen worden ist.

II. Teil.

I. Hauptstück.

§ 3. Die Revenuen-Hypothek. Aufzählung der Grundstücke, an welchen sie heute allein noch bestellt werden kann.

Während es nach preußischem Rechte sehr streitig gewesen ist, inwieweit Revenuen-Hypotheken zulässig wären, ist es für den neuen Rechtszustand allgemeine Meinung geworden, daß Hypotheken, auf Grund deren die Betreibung der Zwangsversteigerung ausgeschlossen ist, nur an gebundenem Grundbesitz, insbesondere an Lehnen, Fideikommissen und Stammgütern, begründet werden können[1]. Ausdrücklich und mit klaren Worten wird dies allerdings nirgends bestimmt. Insbesondere dürfte es sich nicht aus dem Wortlaute des § 1113 des BGB., der von „Befriedigung aus dem Grundstücke" spricht, herleiten lassen. Denn auch die Revenuen-Hypothek gestattet in gewisser Weise Befriedigung aus der Liegenschaft selbst[2]. Dagegen läßt sich § 1147 als Grund für die Beschränkung des BGB. anführen: hiernach erfolgt die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstücke im Wege der Zwangsvollstreckung. Die Zwangsvollstreckung hat gemäß der Zivilprozeßordnung nach Wahl des Gläubigers durch Eintragung einer Sicherungshypothek, Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung zu erfolgen. Eine vertrag-

[1]) Vgl. z. B. Oberneck, Reichsgrundbuchrecht, Bd. 2, S. 79. Dernburg, BGB., Bd. 3, S. 257.

[2]) S. o. S. 4ff.

liche Beschränkung dieses Wahlrechts ist aber grundsätzlich deswegen nicht zulässig, weil die Vorschriften des Sachenrechts, einschl. der diesbezüglichen Bestimmungen der ZPO., Abänderungen durch Parteiabrede regelmäßig nicht unterworfen werden können[1]). Auch enthält die ZPO. öffentliches Recht, das denselben Grundsätzen unterliegt.

Ferner kann Art. 60 des EGBGB. nur dann verstanden werden, wenn die Revenuen-Hypothek an freiem Eigentum unter der Herrschaft des BGB. ausgeschlossen ist[2]).

Nach dem genannten Artikel in Verbindung mit Art. 57 bis 59 sind Revenuen-Hypotheken heute noch gültig erstens bei Lehnen (einschließlich der allodifizierten Lehne), zweitens bei Fideikommissen, außerdem drittens bei Stammgütern; diese kommen indessen im Geltungsbezirk des Allgemeinen Landrechts nicht vor und sind daher hier nicht zu behandeln[3]). Endlich können viertens die Güter des hohen Adels und des dem hohen Adel in Art. 58 gleichgestellten niederen Adels revenuenhypothekarisch verpfändet werden. Auch dieses Rechtsgebiet entzieht sich unserer Auf-

[1]) Vgl. RG. 48, 61ff.; 56, 10ff.

[2]) Über die Folgen einer gleichwohl getroffenen Übereinkunft, wonach der Hypothekengläubiger die Zwangsversteigerung des Allodialgrundstücks nicht betreiben darf, herrscht Streit.

Oberneck, Bd. II, S. 79, Nr. 4 hält die Einigung zwar dinglich für unwirksam, wohl aber obligatorisch für gültig; ebenso Neumann, Bd. I, S. 568, Bem. I, 3 zu § 1113. Dagegen ist nach v. Staudinger-Kober, S. 565, Vorbem. VIII zu § 1113, Biermann, S. 298, Vorbem. 2 zu § 1113, Turnau-Förster, I, S. 727, Anm. 4 zu § 1113 u. a. ein Vertrag, dem gemäß der Gläubiger die Zwangsversteigerung des Grundstücks nicht beantragen darf, in jeder Beziehung unwirksam. Der letzteren Ansicht ist beizutreten. Denn das Reichsrecht will Revenuen-Hypotheken dadurch ausschließen, daß es das Recht des Gläubigers auf Zwangsversteigerung, abgesehen von Ausnahmefällen als notwendigen Inhalt des Hypothekenrechts hinstellt. (Ähnlich Staudinger-Kober, a. a. O.) Ein obligatorischer Vertrag zwischen Gläubiger und Eigentümer muß daher gemäß § 134 des BGB. als nichtig angesehen werden.

[3]) Sie existieren heute noch in kleinen Teilen von Hannover und dem ehemaligen Kurhessen. Vgl. Neubauer, S. 3.

gabe, weil es den Hausgesetzen der betreffenden Familien unterliegt[1]).

Fünftens und letztens sind Revenuen-Hypotheken gemäß Art. 192, Abs. 2 noch an solchen Grundstücken möglich, die bereits zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. in der gedachten Weise belastet waren. Die Frage, ob Art. 192, Abs. 2 auch in Preußen zur Anwendung gelangt, hängt demnach davon ab, ob Revenuen-Hypotheken dort vor dem 1. Januar 1900 an freiem Eigentum begründet werden konnten. Diese Frage gehört, wie bereits erwähnt, zu den bestrittensten des früheren Rechts. Sie wird bejaht von Dernburg[2]), Oberneck[3]), dem Reichsgericht[4]) und dem Kammergericht[5]), verneint von Achilles[6]), Bahlmann[7]), Turnau[8]), Willenbücher[9]) und Eccius[10]). Besonders die Gründe des letzteren scheinen mir durchschlagend; übrigens entsprechen sie zum Teil den früheren theoretischen Ausführungen auf S. 5 und 6 dieser Abhandlung, da die ganze Kontroverse im wesentlichen darauf hinauslief, ob die Revenuen-Hypothek als ein Pfandrecht am Nutzungsrecht anzusehen wäre. Nur wenn man diese Frage bejahte, konnte man nämlich wegen § 45 des Eigentumserwerbsgesetzes zu der Annahme gelangen, beschränkte Hypotheken seien auch an Allodialgrundstücken zulässig.

[1]) Vgl. Verordnung vom 21. Juni 1815, betr. die Verhältnisse der vormals unmittelbaren deutschen Reichsstände in den preußischen Staaten (aufrechterhalten durch EGBGB. Art. 58 und 59) in Verbindung mit der Deutschen Bundesakte, Art. XIV, s. auch die Instruktion vom 30. Mai 1820 wegen Ausführung des Edikts vom 21. Juni 1815, die Verhältnisse der vormals unmittelbaren deutschen Reichsstände in der preuß. Monarchie betreffend.

[2]) Preußisches Privatrecht, S. 823, 824.

[3]) Grundbuchgesetze, Anm. 1 zu § 45.

[4]) Entscheidungen in Zivilsachen, Bd. 13, Nr. 56.

[5]) Johow, Bd. 6, S. 118, Nr. 56.

[6]) Preußische Gesetze über Grundeigentum und Hypothekenrecht, Anm. 2 zu § 45, S. 238.

[7]) Anm. 3 zu § 45. S. 183.

[8]) Die Grundbuchordnung, Anm. 2 zu § 45.

[9]) Anm. 2 zu § 45, S. 114.

[10]) Gruchots Beiträge, Bd. 28, S. 1ff.

Zu denen, die sich auf den letzteren Standpunkt stellten, gehörte vor allem auch das Reichsgericht, dessen bereits erwähnte Entscheidung vom 28. Januar 1885, Bd. 13, S. 233 ff. noch besondere Erwähnung verdient. Auf S. 234 heißt es dort: „Auch kann gegen die Verpfändung des letzteren (gemeint ist das Nutzungsrecht) nicht eingewendet werden, daß es kein selbständiges Recht, sondern nur einen Bestandteil des Eigentumsrechts bilde; denn eben durch die Verpfändung selbst gestaltet es sich in der Hand des Pfandgläubigers zu einem selbständigen Rechte, und zwar zu einem solchen, welches einen besonders geeigneten Gegenstand seiner Sicherung und Befriedigung bildet." Die Schwäche dieser Beweisführung liegt auf der Hand: Das Reichsgericht gibt selbst zu, daß es ein selbstständiges Nutzungsrecht an sich nicht gäbe, es meint aber, daß durch die Verpfändung ein solches entstehe. Wie ist das möglich? Ist das Nutzungsrecht nicht selbständig, so kann es nicht verpfändet werden, denn eine Verpfändung ist ja gerade nur an selbständigen Gegenständen denkbar[1]); andererseits kann doch etwas, was nicht vorhanden ist, durch Verpfändung nicht anfangen zu existieren. Unter diesen Umständen wird man, glaube ich, dem höchsten Gerichtshof den Vorwurf nicht ersparen können, er bewege sich bei der genannten Entscheidung in einem circulus vitiosus[2]).

Schließlich haben sich auch die Motive zum Eigentumserwerbsgesetz[3]) gegen die Beibehaltung der Revenuen-Hypothek an freiem Eigentum mit folgenden Worten ausgesprochen: „Das allgemeine Landrecht kennt außerdem die Revenuen-Hypothek,

---

[1]) Vielleicht ist eine Analogie dahin statthaft, daß ähnlich wie über unselbständige, d. h. wesentliche Bestandteile einer Sache so auch über unselbständige Rechte nicht besonders verfügt werden kann.

[2]) Ebenso wie das Reichsgericht und mit der gleichen Begründung Oberneck, Grundbuchgesetze, a. a. O.: „Gegenstand kann aber auch das zum Eigentum gehörige Nutzungsrecht sein, welches durch die Verpfändung ein selbständiges Recht wird."

[3]) Motive zum Eigentumserwerbsgesetz, S. 33 der „Materialien" von Werner.

§ 225. I, 20. Sie entsteht entweder, wenn sie ausdrücklich vorbedungen, oder, wenn die Parteien verabredet haben, daß das Grundstück nicht verkauft werden soll, infolge einer vom Gesetz aufgestellten Interpretation, § 26, I, 20; oder sie ist in einzelnen Fällen bei Lehn- und Fideikommißgütern zulässig, § 228, I, 18, §§ 80ff., II, 4 des ALR. An den letzteren Bestimmungen wird durch das Gesetz natürlich nichts geändert, es hat aber im übrigen die vertragsmäßige Revenuen-Hypothek nicht aufgenommen. Ein praktisches Bedürfnis ist für sie nicht vorhanden, und sie kompliziert die Verteilung der Kaufgelder, wenn sie neben Substanzhypotheken eingetragen ist."

Demnach kann es Revenuen-Hypotheken an Allodialgrundstücken in Preußen überhaupt nicht mehr geben, auch nicht im Falle des Art. 192, 2.

I. Titel.

Die Revenuen-Hypothek an Fideikommissen insbesondere.

I. Abschnitt.

§ 4. Allgemeines, die beiden Hauptarten der Revenuen-Hypothek an Fideikommissen.

Die Revenuen-Hypothek an fideikommissarisch festgelegten Grundstücken wird regelmäßig für Fideikommisschulden begründet. Unbedingt erforderlich ist dies aber nicht, wie Ramdohr[1]) mit der Begründung behauptet, daß die Revenuen-Hypothek ebenso wie sie notwendig nur Gegenstände eines Fideikommißvermögens belasten könnte, ebenso es nur statthaft sei, sie zur Sicherung für Fideikommißschulden zu bestellen. Der Vorbehalt des Einführungsgesetzes legt in dieser Hinsicht offenbar keine Beschränkung auf, und da ferner auch das Allgemeine Landrecht nicht in dem gedachten Sinne ausgelegt werden kann, muß angenommen werden, daß es zulässig ist, eine Revenuen-Hypothek auch für Nichtfideikommißschulden zu bestellen. Als eine solche ist z. B. das Darlehn anzusehen, das der Fideikommißbesitzer selbständig für private Zwecke aufnimmt nnter gleichzeitiger Sicherstellung des Gläubigers in Form einer nichteigentlichen Revenuen-Hypothek. Daß trotzdem auch in einem solchen Falle die dingliche Belastung sich begrifflich auf das ganze Grundstück erstreckt, bedarf mit Rücksicht auf die früheren Ausführungen keiner näheren Begründung.

[1]) a. a. O., S. 420.

Die letztere Betrachtung führt mich dazu, gleich an dieser Stelle die beiden Hauptarten der beschränkten Hypothek begrifflich festzulegen. Es handelt sich um die grundlegende Unterscheidung in eigentliche und nichteigentliche oder einfache Revenuen-Hypotheken, die wir im folgenden zu erörtern haben werden. Die zuerst genannte Pfandrechtsart belastet prinzipiell auf unbeschränkte Zeit das Grundstück, aus dem der Gläubiger seine Befriedigung im Wege der Zwangsverwaltung bis zu seiner völligen Bezahlung suchen kann. Die nichteigentliche Revenuen-Hypothek beschränkt sich auf die Besitzzeit des derzeitigen Fideikommißbesitzers, d. h. dem Gläubiger steht das Mittel der Zwangsverwaltung zum Zwecke der Eintreibung seiner Forderung nur so lange zu, als derjenige Fideikommißbesitzer, der das Grundstück revenuenhypothekarisch verpfändet hat, die Rechtsstellung eines Untereigentümers besitzt[1]).

Statthaft ist auch, ebenso wie nach BGB.[2]), die Eintragung einer Revenuen-Hypothek in der Weise, daß die Pfandhaftung mit einem bestimmten Tage aufhört, oder daß sie nur während der Lebenszeit des Besitzers besteht. Hier handelt es sich aber um keine besondere Art der beschränkten Hypothek, sondern um eine eigentliche Revenuen-Hypothek, zu deren Begründung die Zuziehung der Familie erforderlich ist. Der Grund hierfür liegt darin, daß sich stets — auch die Lebenszeit deckt sich nicht immer mit der Besitzzeit — ein oder mehrere Sukzessionsfälle ereignen können, ehe das Grundstück aus der Pfandhaft heraustritt.

Ebensowenig wird im Falle des § 226, II, 4 eine besondere Art der Revenuen-Hypothek geregelt. Die Einwilligungserklärung des Fideikommißfolgers hat vielmehr lediglich obligatorische Wirkung. Daher ist auch die Eintragung der Zustimmung des Nachfolgers in das Grundbuch nicht zulässig; und

[1]) Dies muß auch dann gelten, wenn der FK Besitzer vorzeitig verzichtet; nur hat der Gläubiger in solchem Falle unter Umständen ein Anfechtungsrecht gemäß § 3, Nr. 1 und 3 des Anfechtungsgesetzes vom 20. Mai 1898.

[2]) Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht, I. S. 730, Nr. 7.

selbst nach Eintritt des Sukzessionsfalles kann der Gläubiger die Eintragung einer nichteigentlichen Revenuen-Hypothek von dem nunmehrigen Besitzer auf Grund der früheren Zustimmungserklärung nicht verlangen [1]).

II. Abschnitt.

Die Begründung der Revenuen-Hypothek an Fideikommissen.

I. Kapitel.

§ 5. Die Begründung der nichteigentlichen Revenuen-Hypothek.

1. Durch den Vorbehalt des Einführungsgesetzes sind, wie bereits ausgeführt, für das vorbehaltene Rechtsgebiet die Bestimmungen des Hypothekenrechts des BGB. keineswegs aufgehoben. Insbesondere unterliegt die Begründung einer einfachen Revenuen-Hypothek an Fideikommissen den in den §§ 1115 ff. enthaltenen Rechtssätzen. Es ist also erforderlich

entweder dingliche Einigung zwischen Fideikommißbesitzer und Gläubiger, Eintragung in das Grundbuch und Übergabe des Hypothekenbriefes oder Einigung und Eintragung unter Ausschluß der Brieferteilung.

Soweit herrscht Übereinstimmung mit dem BGB. Es muß aber ferner aus dem Inhalt der Eintragung, bzw. aus dem Hypothekenbriefe hervorgehen, daß es sich um eine beschränkte Hypothek handelt, aus der die Zwangsversteigerung nicht zulässig

---

[1]) A. M. Dernburg, a. a. O., der annimmt, daß eine nichteigentliche Revenuen-Hypothek durch ausdrückliche Einwilligung „auf die Besitzzeit der konsentierenden Agnaten, wenn dieselben zur Nachfolge gelangen, erstreckt werden kann". Allein es ist nicht einzusehen, auf welche Weise dies tatsächlich durchgeführt werden soll. Auch läßt sich der positive Gesetzestext für eine derartige Ansicht kaum verwerten. Über die Bedeutung von § 226 vgl. im übrigen RG. Bd. 34, S. 230.

ist. Diese Frage wird allerdings in der Literatur nur wenig berührt, und soviel ich sehe, betont nur Ramdohr[1] die Notwendigkeit einer diesbezüglichen Eintragung. Man wird ihm hierin unzweifelhaft beistimmen müssen und darf sich auch dadurch nicht beirren lassen, daß bei Fideikommissen die Revenuen-Hypothek die Regel bildet, so daß daher nur sog. Substanzhypotheken als solche im Grundbuche bezeichnet werden müßten. Denn das fällt nicht entscheidend ins Gewicht. Als maßgebend ist vielmehr zu betrachten, daß die Revenuen-Hypothek im Hypothekenrechte zu den Ausnahmen gehört, sie wird wie alle Hypotheken in der dritten Abteilung des Grundbuches eingetragen und muß daher auch in ihrem Ausnahmecharakter gekennzeichnet werden.

Welche Folgen es hat, wenn die Eintragung nicht in der zuletzt dargelegten Weise vorgenommen wird, ist nicht schwer zu entscheiden. Art. 61 des EGBGB. schreibt die Anwendung der Vorschriften über den guten Glauben auch für das sonst dem Landesrecht vorbehaltene Rechtsgebiet vor. Wenn also jemand eine nicht als solche eingetragene Revenuen-Hypothek durch Rechtsgeschäft erwirbt, so wird er unbeschränkter Hypothekengläubiger, es sei denn, daß ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt war. Man mag dies in Anbetracht der Seltenheit eines unbeschränkten Pfandrechts an Fideikommissen nicht für ganz billig halten, folgerichtig kann nicht anders entschieden werden. Auch ist zu bedenken, daß der Grundbuchrichter eine unbeschränkte Hypothek nur eintragen darf, wenn ihm die nötigen Unterlagen, Familienschluß usw. beigebracht werden[2]. Handelt er dem zuwider, so macht er sich selbst, bzw. den Staat nach § 12 der Grundbuchordnung, resp. Art. 8 des Ausführungsgesetzes dazu haftbar[3].

[1] a. a. O., S. 420.

[2] Solange dies nicht geschieht, liegt ein Hindernis für die Eintragung im Sinne des § 18 der GBO. vor.

[3] In RG. 34, Nr. 56, S. 225 ff. wird u. a. die Frage erörtert, ob die Vorschriften zugunsten des guten Glaubens Anwendung finden,

Daß für die Begründung der nichteigentlichen Revenuen-Hypothek nur diejenigen Erfordernisse bestehen, die wir oben genannt haben, wird von Ramdohr „Familienfideikommiß“ bestritten. In § 5 auf S. 336 wird dort u. a. folgendes ausgeführt: „Als Substanzbelastung setzt die Revenuen-Hypothek ferner (außer Einigung und Eintragung) in jedem Falle zur Entstehung die Mitwirkung der Familie voraus, wenn auch in gewissen Ausnahmefällen das Gesetz hier Erleichterungen vorsieht. Eine Substanzhypothek bildet endlich die Bestellung der Revenuen-Hypothek selbst dann, wenn sie auf die Besitzzeit des augenblicklichen Fideikommißbesitzers beschränkt werden soll. Letzterer ist also zur eigenwilligen Begründung auch einer solchen zeitweiligen Beschwerung nicht legitimiert.“

Es muß Ramdohr vollkommen darin beigestimmt werden, wenn er sagt, daß die Revenuen-Hypothek begrifflich, d. h. genau genommen eine Substanzhypothek ist, auch wenn diese nur auf die Besitzzeit des derzeitigen Fideikommißbesitzers beschränkt ist. Aber man kann aus dieser Begriffsbestimmung doch nicht den Schluß ziehen, daß der Fideikommißbesitzer niemals eine Revenuen-Hypothek selbständig begründen kann, zumal nach der

---

wenn mit dem Hypothekenbriefe nur urkundliche Erklärungen der beiden nächsten Anwärter verbunden sind, die dahin lauten, daß diese die Aufnahme der betreffenden Revenuen-Hypothek für notwendig halten. Das Reichsgericht verneint die Frage mit der Begründung, der Erwerber habe aus der angehefteten Schuldurkunde ersehen müssen, daß die stets erforderliche gerichtliche Regulierung nicht erfolgt war.

Es kann dahingestellt bleiben, ob diese Auffassung seinerzeit unter der Herrschaft des Eigentumserwerbsgesetzes ihre Berechtigung hatte. Heute kommt einzig § 1140 des BGB. in Betracht; und hiernach hat nur der Hypothekenbrief die Kraft, den öffentlichen Glauben des Grundbuches zu zerstören. Die angeheftete Schuldurkunde ist hierzu nicht imstande. (Biermann § 1140, S. 339.) Eine andere Frage ist es natürlich, ob dem Erwerber nicht durch den Schuldschein die Kenntnis der Unrichtigkeit des Grundbuches vermittelt wurde. Kennen müssen kann ihm aber jedenfalls nicht mit Erfolg entgegengehalten werden.

Sprechweise des ALR. unter Substanzbelastungen etwas anderes zu verstehen ist, als Ramdohr meint[1]. Aus § 226. II. 4 geht m. E. klar hervor, daß die Begründung von Revenuen-Hypotheken, die auf die Besitzzeit des Bestellers beschränkt sind, in dessen freiem Belieben steht. An der angegebenen Stelle heißt es zu Anfang: „Hat jedoch der Fideikommißfolger in eine andere als eigentliche Fideikommißschuld gewilligt . . . .“ Der Gegensatz zu den hier genannten eigentlichen Fideikommißschulden sind offenbar nichteigentliche Fideikommißschulden. Was kann aber hierunter mit Rücksicht auf die vorhergehenden Paragraphen, insbesondere § 213, gemeint sein, wenn nicht Schulden, die auf die Besitzzeit des Bestellers beschränkt sind. Und endlich, wenn betont wird, daß der Nachfolger, der in andere als eigentliche Fideikommißobligationen eingewilligt hat, deswegen die Zwangsverwaltung auch während *seiner* Besitzzeit dulden muß, so ergibt sich hieraus unbedenklich, daß zur Begründung der genannten Art von Schulden weder Familienschluß noch Zuziehung der nächsten Anwärter (bei notwendigen Darlehnen) erforderlich ist. Denn andernfalls wäre ja die Bestimmung des § 226 unnötig, da der Anwärter die Schuld auch ohne seine besondere Zustimmung stets gegen sich gelten lassen müßte.

Nun scheint allerdings Ramdohr zu bezweifeln, daß § 226 auch Revenuen-Hypotheken im Sinne hat. Ein Bedenken in dieser Richtung ist aber m. E. durchaus unbegründet. Denn wenn

[1]) § 104: „Schulden des Fideikommißbesitzers, mit welchen er das Fideikommiß bei dessen Errichtung belastet hat; oder die aus seinem übrigen Vermögen nicht bezahlt werden können, sind als ursprüngliche die ‚Substanz‘ angehende Schulden anzusehen“. Demgegenüber lautet § 108: „Wegen solcher Schulden, die nach §§ 80 ff. in gewissen Terminen ‚aus den Einkünften‘ abgestoßen werden sollen, kann die ‚Subhastation‘ des Fideikommißgutes niemals erfolgen.“

Es ist offenbar, daß das Wort „Substanz“ im Gegensatz zu den „Einkünften“ steht. Im § 117 wird dann der Ausdruck „Substanz“ allerdings in einem Zusammenhange gebraucht, der beweist, daß in diesem Falle auch eigentliche Revenuen-Hypotheken damit gemeint sind. An einfache Revenuen-Hypotheken ist aber jedenfalls dabei nicht zu denken.

das ALR. von Fideikommißschulden spricht, so umfaßt dieser Ausdruck auch die entsprechenden Revenuen-Hypotheken. Niemand bestreitet, auch Ramdohr nicht (S. 419, Anm. 10), daß in der Bestimmung des § 80 die pfandrechtliche Belastung einbegriffen ist. Folgerichtig wird man dasselbe auch bei § 226 anzunehmen haben. Im übrigen ist zu bedenken, daß jeder Gläubiger, auch der nur obligatorisch berechtigte, eventuell die Zwangsverwaltung beantragen kann. Warum soll ihm diese Befugnis nicht in allen Fällen schon vorher in entsprechender Weise hypotkekarisch sichergestellt werden dürfen? Bloß wegen des Begriffes „Substanzbelastung“ nicht?

Schließlich kann gegen diese Beweisführung auch § 80 a. a. O. keineswegs ins Feld geführt werden. Denn unter den hier genannten Einkünften müssen mangels besonders ausgesprochener Beschränkung die Revenuen für die gesamte Dauer des Fideikommisses verstanden werden [1] [2]).

2. Das BGB. kennt auch einen Fall der gesetzlichen Entstehung einer Hypothek im § 1287. Daß dieser Paragraph keine Anwendung bei der einfachen Revenuen-Hypothek finden kann, erhellt bereits daraus, daß ein Recht nicht Gegenstand einer Revenuenverpfändung sein kann [3]), die Forderung auf Übereignung insbesondere aber ihrem Wesen nach eine Revenuenbelastung ausschließt.

3. Dagegen ist die Anwendung von § 1188 BGB. auch bei der nichteigentlichen Revenuen-Hypothek denkbar. Zur Bestellung derselben für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber genügt demnach die Erklärung des Fideikommiß-

---

[1]) Wegen § 87, II, 4, vgl. man Koch, Allgemeines Landrecht, Fußnote 32 zu § 87.

[2]) Für die Zulässigkeit selbständiger Begründung von nichteigentlichen Revenuen-Hypotheken die allgemeine Meinung, insbesondere Koch, Anm. 29 zu § 80, S. 479. Entscheidung des Reichsgerichts bei Gruchot, Bd. 35. S. 417. Dernburg, Preuß. Privatrecht, S. 959.

[3]) A. M. Ramdohr, S. 420, aber zu Unrecht, da der Vorbehalt des Art. 60 sich nur auf Hypotheken, nicht auf Mobilarpfandrechte bezieht.

besitzers gegenüber dem Grundbuchamte, daß er die Hypothek bestelle, und die Eintragung in das Grundbuch: die vom Besitzer abgegebene Erklärung wird nicht dadurch unwirksam, daß er in der Verfügung beschränkt wird, nachdem die Erklärung für ihn bindend geworden und der Antrag auf Eintragung bei dem Grundbuchamte gestellt worden ist (§ 1188 Abs. 1 Halbsatz 2).

4. Es muß nunmehr die Frage aufgeworfen werden, ob überhaupt eine Hypothek (im weiteren Sinne) entsteht, wenn die Einigung der Parteien auf Bestellung einer nichteigentlichen Revenuen-Hypothek ging, aber (mangels besonderer Bemerkung) eine sogen. Substanzhypotkek oder auch eine Revenuen-Fideikommiß-Hypothek eingetragen wurde. Wendet man den § 873 BGB. buchstäblich an, so muß man wohl zu einem verneinenden Ergebnis kommen. Es ist aber zu überlegen, daß sowohl Einigung wie Eintragung ein Gemeinsames zum Gegenstand haben, nämlich eine Hypothek, aus der die Zwangsverwaltung in das Grundstück während der Besitzzeit des Bestellers zum Zwecke der Befriedigung betrieben werden kann. Auch ist, abgesehen davon, daß die Revenuen-Hypotheken nur Abarten der gewöhnlichen Hypothek des BGB. sind, § 873 unzweifelhaft nicht für derartige Ausnahmefälle des Landesrechts berechnet gewesen. Ich möchte demnach, und auch aus Billigkeitsrücksichten, annehmen, daß bei dem besprochenen Zwiespalt zwischen Einigung und Eintragung eine einfache Revenuen-Hypothek tatsächlich zustande kommt.

5. Ist nun aber eine Revenuen-Hypothek auch dann zur Entstehung gelangt, wenn Gegenstand des Einigungsgeschäftes eine volle Hypothek war, aber die letztere nicht begründet wurde, weil das Grundbuchamt entweder nur eine auf die Besitzzeit des Bestellers beschränkte Hypothek eintrug oder zwar eine Substanzhypothek, ohne daß indessen ein Familienschluß oder ein Surrogat dafür stattgefunden hätte?

Bei Beantwortung dieser Frage ist zu beachten, daß in allen Fällen, in denen der Besitzer und ein Dritter die Begründung einer vollen Hypothek zugunsten des letzteren ver-

abreden, diese Verabredung nichtig ist, wenn die Familie ihre Genehmigung nicht erteilt[1]).

Trotzdem besitzt aber das Rechtsgeschäft eine gewisse Bedeutung; und zwar gilt dies dann, wenn die Voraussetzungen des § 140 BGB. vorliegen. Ist anzunehmen, daß die Parteien ihre Einigung lediglich auf Bestellung einer einfachen Revenuen-Hypothek gerichtet hätten, wenn ihnen die Nichtigkeit des Vertrages, d. h. wenn ihnen bekannt gewesen wäre, daß die Familie ihre Zustimmung versagen werde, so gilt als Objekt der Übereinkunft die Begründung einer nichteigentlichen Revenuen-Hypothek. Dieselbe gelangt daher unter der genannten Vorraussetzung stets zur Entstehung; denn entweder wird ganz entsprechend eine auf die Besitzzeit des Bestellers beschränkte Revenuen-Hypothek eingetragen, dann ist die Entstehung nach dem bisher Gesagten selbstverständlich; oder es wird — versehentlich — eine Substanzhypothek im Grundbuche aufgenommen, dann sind die Regeln unter Nr. 4 noch außerdem heranzuziehen, d. h. es ist auch in diesem Falle eine einfache Revenuen-Hypothek begründet worden[2]).

---

[1]) Vgl. § 134 BGB.; nicht etwa § 135, denn das Veräußerungs- und Belastungsverbot bezweckt nicht nur den Schutz der Anwärter, sondern in erster Linie die Erhaltung des splendor familiae im Sinne des staatlich sanktionierten Stifterwillens. Siehe auch weiter unten.

[2]) Z. B.: Der Fideikommißbesitzer verabredet mit einem Dritten die Gewährung eines Darlehens durch diesen gegen Bestellung einer Substanzhypothek. Da der Darlehensgeber sehr günstige Bedingungen stellt und außerdem die Verwendung der aufgenommenen Summe für das Fideikommiß eine unverhältnismäßige Verbesserung desselben zur Folge haben würde, zweifelt der Untereigentümer nicht, daß der einzige noch lebende Anwärter seine Genehmigung erteilen werde. Er stellt daher dem Gläubiger die Eintragungsbewilligung für eine Substanzhypothek aus und erlangt dafür bereits einen Teil der ganzen ihm zu gewährenden Geldsumme. Wider Erwarten erklärt sich der Anwärter mit der Bestellung einer Hypothek nicht einverstanden. Wenn jetzt der Gläubiger auf Grund der Eintragungsbewilligung des Fideikommißbesitzers das Grundbuchamt um Eintragung einer einfachen Revenuen-Hypothek ersucht, so muß diesem Ersuchen m. E. stattgegeben werden.

Es bleibt noch die Möglichkeit zu berücksichtigen, daß die mangelnde Wirksamkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts dadurch verursacht wird, daß der Grundbuchrichter, trotzdem die Familie ihre Zustimmung zur Substanzhypothek gegeben hat, nur eine auf die Besitzzeit des Bestellers beschränkte Revenuen-Hypothek einträgt.

In diesem Falle ist die Anwendung der Konversion ausgeschlossen, denn der dingliche Vertrag ist infolge des falschen Vermerks nicht nichtig, sondern nur vorläufig noch nicht in vollem Umfange wirksam geworden. Wird später die Eintragung richtig vollzogen, so gewinnt auch die frühere Einigung vollkommene Gültigkeit. Bis dahin ist aber eine Hypothek nicht entstanden: § 140 kommt nicht in Betracht; und im übrigen muß daran festgehalten werden, daß, wenn die Einigung sich auf die Begründung einer vollen Hypothek bezogen hat, nur diese oder überhaupt keine Hypothek zustande kommen kann [1].

6. Endlich kann eine nichteigentliche Revenuen-Hypothek auf Grund des § 868 ZPO. entstehen: Hat jemand irgendeine Forderung gegen den Fideikommißbesitzer — gleichgültig ob es sich um eine Fideikommißschuld oder eine Allodialschuld handelt [2] — so kann er die Zwangsvollstreckung in das Fideikommißgrundstück in der Weise betreiben, daß er eine nichteigent-

[1] Der Fall kann praktisch werden, sowohl bei Versehen des Grundbuchrichters, als auch dann, wenn die Zustimmungserklärung der Familie nicht beigebracht wurde. Im ersten Falle hat der Geschädigte gegen den Staat den Anspruch aus § 12 GBO., im zweiten Falle ist der Antragende für die Nichtbeibringung der Konsensurkunde selbst verantwortlich.

[2] Ein Unterschied zwischen Fideikommiß- und Allodialschulden ist darum hier nicht erforderlich, weil auch bei der ersten Art von Verbindlichkeiten zur Leistung nur der Fideikommißbesitzer verpflichtet ist. Ebenso Ramdohr, S. 451, c, dessen dortige Bemerkungen „zu erfüllen, zu leisten hat ausnahmslos der Fideikommißbesitzer selbst", allerdings in Widerspruch stehen mit denen auf S. 472, wo es heißt: „Meist wird es sich um den Ausspruch handeln, daß die Familie in die Leistung des Besitzers einwilligt oder daß beide gemeinsam leisten".

liche Sicherungs-Revenuen-Hypothek in das Grundbuch eintragen läßt. An der Statthaftigkeit eines derartigen Verlangens des Gläubigers ist nicht zu zweifeln. Denn, wenn der Fideikommißbesitzer eine einfache Revenuen-Hypothek freiwillig begründen kann, ohne daß er dazu der Zustimmung irgend welcher anderer Personen bedarf[1]), so muß diese Handlungsfreiheit des Besitzers auch zu Gunsten seiner Gläubiger wirken, und es muß diesen gestattet sein, ebenfalls ohne Befragung der Familie die Eintragung einer auf die Besitzzeit des derzeitigen Besitzers beschränkten Zwangshypothek zu veranlassen.

II. Kapitel.

§ 6. Die Begründung der eigentlichen Revenuen-Hypothek.

1. Auch die Bestellung der eigentlichen Revenuen-Hypothek (auch Revenuen-Fideikommiß-Hypothek genannt) unterliegt zunächst den Vorschriften des Hypothekenrechtes des BGB. Zu ihrer regelmäßigen Begründung ist demnach erforderlich

entweder Einigung zwischen Gläubiger und Fideikommißbesitzer, Eintragung in das Grundbuch und Übergabe des Hypothekenbriefes, oder Einigung zwischen Gläubiger und Fideikommißbesitzer und Eintragung in das Grundbuch unter Ausschluß der Brieferteilung. Außerdem sind hier noch die Erfordernisse des Landesrechtes zu beobachten.

A. Für die Begründung der eigentlichen Revenuen-Hypothek stellt das ALR. im § 76, II, 4 den Grundsatz auf, daß sie eines Familienschlusses bedarf. An der angegebenen Gesetzesstelle heißt es: „In allen Fällen, wenn bei geteiltem Eigentum die Einwilligung des Obereigentümers zu einer Verfügung erforderlich ist, muß dieselbe bei Fideikommissen durch einen Familienschluß getroffen werden.“ § 5, I, 18 in der Lehre vom

[1]) s. oben S. 27 ff.

geteilten Eigentum lautet: „Der nutzbare Eigentümer kann über den Gebrauch der Sache soweit gültig verfügen, als dadurch die dem Obereigentümer zukommenden Rechte nicht geschmälert werden.“ Bei der Revenuen-Fideikommiß-Hypothek, die ohne Zustimmung der Familie bestellt wird, trifft nun eine derartige Schmälerung offenbar zu. Also ist grundsätzlich zur Begründung einer eigentlichen Revenuen-Hypothek ein Familienschluß erforderlich. Damit kein Zweifel über die Richtigkeit dieser Schlußfolgerung bestehen könne, wird dieselbe schließlich noch im § 80 II, 4 ausdrücklich bestätigt.

Nach § 77 in Verbindung mit § 42 müssen zur Abfassung des Familienschlusses „alle Mitglieder zugezogen werden“. Das kann mit Rücksicht auf die strenge Vorschrift des § 44, wonach Familienmitglieder, welche innerhalb 302 Tagen nach Vollziehung des Familienschlusses geboren werden, noch nachträglich zuzuziehen sind, nur dahin gedeutet werden, daß der Familienschluß einstimmig gefaßt werden muß [1]).

Ferner wird im ALR. bestimmt, daß Personen, welche minderjährig sind, „oder sonst ihren Sachen nicht selbst vorstehen können“ [2]), selbst wenn ihre Väter noch am Leben sind, nicht durch diese, sondern durch Vormünder zu vertreten sind.

Im übrigen sind einzelne Bestimmungen über die Familienschlüsse in dem bereits erwähnten Gesetz vom 5. Februar 1840 enthalten. Der § 1 dieses Gesetzes lautet: „Zu Rechtsgeschäften, welche die Substanz eines Fideikommisses betreffen, sowie zur Aufhebung, Abänderung, Ergänzung oder Erklärung einer Fideikommißstiftung ist, sofern nicht nach dem gegenwärtigen Gesetze Ausnahmen zulässig sind (§ 15), ein Familienschluß erforderlich.“

In diesem Satze findet sich wieder der mißverständliche Ausdruck „Rechtsgeschäfte, welche die Substanz eines Familienfideikommisses betreffen“. Und es fragt sich nun, was hierunter

[1]) Ebenso Bornemann, Bd. IV, S. 357. Dernburg, Preuß. Privatrecht, S. 957.

[2]) § 42, zu diesen gehören auch diejenigen, welche nach § 1910 des BGB. einen Pfleger erhalten haben. Ramdohr, S. 500.

zu verstehen ist. Die einfachste und natürlichste Deutung ist jedenfalls die, wenn man sagt, der genannte § 1 beziehe sich auf alle Rechtsgeschäfte, welche nicht nur dem derzeitigen, sondern auch späteren Fideikommißbesitzern gegenüber wirksam sein sollen. Daß nur eine solche Auslegung dem Sinne des Gesetzes entspricht, ergibt sich aus einem Vergleich des § 1 des Familienschlußgesetzes mit § 76, II, 4, ALR., sowie mit § 15 des FSG., wo die Zuziehung von nur zwei Anwärtern bei notwendigen Darlehnen als Ausnahme vom Grundsatze des § 1 ausdrücklich hervorgehoben wird [1]).

Demnach finden die Bestimmungen des FSG. bei eigentlichen Revenuenverpfändungen Anwendung; der Familienschluß, der ihrer Begründung zustimmt, bedarf daher gemäß § 2 der Aufnahme, Bestätigung und Ausfertigung durch den Fideikommißrichter. Der Fideikommißrichter aber ist seit dem Gesetze, betr. die Kompetenz der Gerichtsbehörden in Familienfideikommißsachen vom 5. März 1855 in allen Fällen [2]) das Oberlandesgericht, in dessen Bezirk das Grundstück liegt (§ 1). Die Aufsichts- und Beschwerdeinstanz bildet nach § 4 des soeben genannten Gesetzes der Justizminister.

Im einzelnen sind im FSG. noch folgende Förmlichkeiten vorgeschrieben: der Fideikommißbesitzer ersucht das Oberlandesgericht um Aufnahme des gewünschten Familienschlusses, indem er zugleich einen Entwurf zu demselben und ein möglichst genaues Verzeichnis der Anwärter einreicht. Die Berechtigung zur Teilnahme an der Versammlung wird für die Mitglieder entweder durch die Eintragung im Grundbuche oder durch andere öffentliche Urkunden oder durch das Anerkenntnis des Fideikommißbesitzers, daß die Betreffenden Mitberechtigte sind, erwiesen. Tritt außerdem jemand als Berechtigter auf, so ist derselbe aufzufordern, binnen drei Monaten entweder seine Legitimation beizubringen, oder die erfolgte Klageerhebung gegen diejenigen, welche ihm seine Anerkennung versagen, nachzuweisen. Wird

[1]) Vgl. auch Ramdohr, S. 491.
[2]) Vgl. RG. 34, 228, 229.

dieser Aufforderung nicht Folge geleistet, so ist ein später errichteter Familienschluß auch ohne die Zuziehung der Betreffenden für ihn verbindlich (§ 6, Abs. 2, a. a. O.).

Ferner muß der Fideikommißrichter seinerseits in allen Fällen prüfen — also wohl auch Ermittlungen anstellen — ob Vermutungen dafür sprechen, daß außer den angezeigten noch andere Fideikommißberechtigte vorhanden sind (§ 7). Ergibt die Untersuchung keinerlei derartige Vermutungen, oder werden dieselben erledigt, so ist zur Feststellung, daß außer den angezeigten sonstige Anwärter nicht existieren, nur die vom Fideikommißbesitzer und denjenigen Anwärtern, die sich gemeldet haben[1]) abzugebende eidesstattliche Versicherung erforderlich, daß ihnen keine anderen Berechtigten als die bereits namhaft gemachten bekannt sind (§ 8). Ebenso dürfte unter der angegebenen Voraussetzung die eidesstattliche Versicherung der genannten Personen genügen, wenn festgestellt ist, daß außer den angezeigten noch andere Anwärter vorhanden sind, und wenn es sich nun darum handelt, klarzulegen, ob auch außer diesen Anwärtern nicht noch irgendwelche Berechtigte in Betracht kommen.

Anders liegt die Sache, wenn die vorhandenen Vermutungen nicht genügend beseitigt werden, oder wenn ein Berechtigter zwar der Person, nicht aber dem Leben nach oder zwar seinem Leben, nicht aber seinem Aufenthalte nach bekannt ist (§ 9). In diesen Fällen sind

1. alle unbekannten
2. die zwar ihrer Person, nicht aber ihrem Leben nach bekannten,
3. die zwar ihrem Leben, nicht aber ihrem Aufenthalte nach bekannten Anwärter, die zu 2 und 3 durch namentlichen Aufruf, zu einem Termin mit der Aufforderung vorzuladen, vor oder in demselben ihre Erklärung über den zu errichtenden Familienschluß abzugeben, unter Beifügung der Verwarnung, daß nach Ablauf des Termins der Ausge-

[1]) Also nicht von allen eingetragenen Anwärtern.

bliebene mit seinem Widerspruchsrechte werde ausgeschlossen werden (§ 9)[1].

Über den Gang des Aufgebotsverfahrens gibt der § 10 des Familienschlußgesetzes einzelne nähere Bestimmungen; und es entsteht nun die Frage, ob diese durch die Zivilprozeßordnung aufgehoben worden sind. Ramdohr[2] verneint das, anscheinend unter Bezugnahme auf § 11 EGZPO. und auf die §§ 7—11 PrAGZPO. In Wahrheit sprechen aber die Bestimmungen des Ausführungsgesetzes für die Aufhebung. Und zwar kommen nicht die §§ 7—9 und 11, sondern lediglich § 10 des AG. in Betracht. Derselbe lautet: „Die Vorschriften der Zivilprozeßordnung über das Aufgebotsverfahren finden auf Aufgebote, deren Zulässigkeit auf landesgesetzlichen Vorschriften beruht, nur Anwendung, wenn nach den bestehenden Vorschriften der Eintritt von Rechtsnachteilen durch besonderen Beschluß des Gerichts festgestellt werden muß.

In den im Abs. 1 bezeichneten Aufgebotsfällen kann nach § 972 der Zivilprozeßordnung verfahren werden.

Ist in diesen Fällen nach den bestehenden Vorschriften die Mitteilung des Aufgebots an bestimmte Personen erforderlich, so kann die Zustellung durch Aufgabe zur Post (§§ 175, 213 ZPO.) erfolgen; die Postsendungen sind mit der Bezeichnung ‚Einschreiben' zu versehen."

Es kann wohl nicht bezweifelt werden, daß die im Abs. 1 genannte Bedingung, wonach der Eintritt von Rechtsnachteilen durch besonderen Beschluß des Gerichts festgestellt werden muß, beim Aufgebot des Familienschlußgesetzes zutrifft.

Demnach finden „die Vorschriften der Zivilprozeßordnung über das Aufgebotsverfahren Anwendung". Mit diesen Worten ist aber auch offenbar gesagt, daß entgegenstehende Bestimmungen

[1] Die Ausdrucksweise des Gesetzes zu Beginn des § 9 ist unvollständig und daher eine andere als im Text dargestellt wurde; indessen dürfte nicht zweifelhaft sein, daß sich der gewollte Sinn in der oben angegebenen Richtung bewegt. Vgl. auch die Bemerkungen Ramdohrs auf S. 505.

[2] S. 507 und 508.

widerspricht, er für zustimmend werde erachtet werden (§ 13. Abs. 1). Ist diese Vorladung gehörig erfolgt, und verweigert der Vorgeladene nicht spätestens in dem Termine mündlich oder schriftlich seinen Beitritt, so wird unwiderruflich angenommen, daß er der Bestellung der eigentlichen Revenuen-Hypothek nach Maßgabe des ihm zugegangenen Entwurfes zum Familienschlusse zustimmt[1] [2].

B. Ausnahmsweise ist ein Familienschluß bei der Begründung einer Revenuen-Fideikommiß-Hypothek nicht erforderlich, wenn es sich um die Aufnahme einer Hypothek für ein notwendiges Darlehn „auf die Einkünfte" des Fideikommisses handelt (§ 80)[3]. Notwendige Schulden sind aber solche, welche zur

[1]) Der Widerspruch eines Anwärters macht das Zustandekommen des Familienschlusses unmöglich. Anderer Ansicht scheinen allerdings Förster-Eccius, IV, S. 274 zu sein, die ausführen, daß „jeder Anwärter ein Widerspruchsrecht habe und durch seinen Widerspruch die Wirksamkeit des Familienschlusses inbetreff seiner und der von ihm abstammenden Linie hindre." Eine derartige Anschauung entspricht zwar den einschlägigen Bestimmungen des Lehnrechts (vgl. unten) ist aber bei Fideikommissen mangels besonderer Verweisung auf Teil I Titel 18 ALR. nicht angebracht. Hier können Verfügungen des Besitzers nur absolut wirksam oder unbedingt nichtig sein: Man vgl. dieserhalb auch die späteren Bemerkungen auf S. 50ff. und § 80, II, 40: „Nur allein bei Aufnahme notwendiger Darlehne auf die Einkünfte des Fideikommisses ist nicht die Zuziehung aller, sondern blos gewisser Familienmitglieder erforderlich."

[2]) Bei entsprechender Anwendung von § 32 Abs. 2 BGB. dürfte auch ein Familienschluß, der unter schriftlicher Zustimmungserklärung sämtlicher Mitglieder in beweisender Form (d. h. in gerichtlicher oder notarieller Beglaubigung) zustande kommt, als gültig anzusehen sein. Ramdohr, S. 488, Anm. 3.

[3]) Zwar wird in dem angegebenen Paragraphen von Revenuen-Hypotheken nicht gesprochen, es kann aber keinem Zweifel unterliegen, daß auch die Begründung eines derartigen Pfandrechts für ein notwendiges Darlehn den erleichternden Vorschriften der §§ 80ff. unterliegt. Die Gewährung eines Fideikommißdarlehns ohne gleichzeitige Verpfändung dürfte praktisch sehr selten sein, da sich der Gläubiger mit einem obligatorischen Rechte regelmäßig nicht begnügt. Die Bestimmungen des ALR. über die Zuziehung der Anwärter an Stelle

Ist festgestellt, daß die Reichsgesetzgebung in der angegebenen Richtung zugunsten des Landesrechts einen Vorbehalt ausgesprochen hat, so bleibt noch zu untersuchen, ob das Landesrecht von diesem Vorbehalt Gebrauch gemacht hat. Die Frage beantwortet sich lediglich nach § 49 Nr. 1 des AGGVG.

Derselbe lautet: „Zur Zuständigkeit der Oberlandesgerichte gehören alle Angelegenheiten, für welche bisher die Appellationsgerichte als Gerichte erster Instanz zuständig waren, vorbehaltlich der in dem § 29 enthaltenen Vorschriften."

Sofern also die Appellationsgerichte nach bisherigem Rechte für das Aufgebotsverfahren zuständig waren, sind sie es gemäß § 49 Nr. 1 des Preußischen Ausführungsgesetzes zum GVG. geblieben[1]). Koch[2]) meint nun, daß sie auch nach dem Gesetz von 1840 gar nicht zuständig seien, während Ramdohr die gegenteilige Meinung vertritt. Die Gründe des letzteren erscheinen mir durchlagend[3]); und so kann es als gewiß betrachtet werden, daß für das Aufgebotsverfahren die Fideikommißbehörde, d. h. das Oberlandesgericht zuständig war und auch jetzt noch ist[4]).

Das Zustandekommen eines Familienschlusses darf, insbesondere auch, wenn es sich um Bestellung einer eigentlichen Revenuen-Hypothek handelt, nicht dadurch unmöglich gemacht werden, daß ein nach den bisherigen Vorschriften zuzuziehender Berechtigter auf die von seiten des Besitzers an ihn ergangene Aufforderung, seine Erklärung über den zu errichtenden Familienschluß abzugeben unterläßt. Daher soll in einem derartigen Falle der Besitzer befugt sein, bei dem Fideikommißrichter darauf anzutragen, daß der betreffende Interessent unter Zufertigung des Entwurfes zum Familienschlusse zu einem Termin mit der Warnung vorgeladen werde, daß, wenn er der Errichtung der Revenuen-Hypothek nicht bis zu dem Termine oder in demselben

---

[1]) Das Gesetz spricht unzweideutig von allen Angelegenheiten erster Instanz, vgl. auch Struckmann-Koch, Anm. zu § 49, S. 34.

[2]) Bd. 3, S. 467, Anm. 36 zu § 9 des Gesetzes.

[3]) Vgl. Ramdohr, a. a. O.

[4]) Ebenso offenbar Sydow-Busch, Bemerkungen 3 zu § 946, S. 743.

widerspricht, er für zustimmend werde erachtet werden (§ 13. Abs. 1). Ist diese Vorladung gehörig erfolgt, und verweigert der Vorgeladene nicht spätestens in dem Termine mündlich oder schriftlich seinen Beitritt, so wird unwiderruflich angenommen, daß er der Bestellung der eigentlichen Revenuen-Hypothek nach Maßgabe des ihm zugegangenen Entwurfes zum Familienschlusse zustimmt[1] [2]).

B. Ausnahmsweise ist ein Familienschluß bei der Begründung einer Revenuen-Fideikommiß-Hypothek nicht erforderlich, wenn es sich um die Aufnahme einer Hypothek für ein notwendiges Darlehn „auf die Einkünfte" des Fideikommisses handelt (§ 80)[3]). Notwendige Schulden sind aber solche, welche zur

[1]) Der Widerspruch eines Anwärters macht das Zustandekommen des Familienschlusses unmöglich. Anderer Ansicht scheinen allerdings Förster-Eccius, IV, S. 274 zu sein, die ausführen, daß „jeder Anwärter ein Widerspruchsrecht habe und durch seinen Widerspruch die Wirksamkeit des Familienschlusses inbetreff seiner und der von ihm abstammenden Linie hindre." Eine derartige Anschauung entspricht zwar den einschlägigen Bestimmungen des Lehnrechts (vgl. unten), ist aber bei Fideikommissen mangels besonderer Verweisung auf Teil I Titel 18 ALR. nicht angebracht. Hier können Verfügungen des Besitzers nur absolut wirksam oder unbedingt nichtig sein; Mar vgl. dieserhalb auch die späteren Bemerkungen auf S. 50ff. und § 80, II, 40: „Nur allein bei Aufnahme notwendiger Darlehne auf die Einkünfte des Fideikommisses ist nicht die Zuziehung aller, sondern blos gewisser Familienmitglieder erforderlich."

[2]) Bei entsprechender Anwendung von § 32 Abs. 2 BGB. dürfte auch ein Familienschluß, der unter schriftlicher Zustimmungserklärung sämtlicher Mitglieder in beweisender Form (d. h. in gerichtlicher oder notarieller Beglaubigung) zustande kommt, als gültig anzusehen sein. Ramdohr, S. 488, Anm. 3.

[3]) Zwar wird in dem angegebenen Paragraphen von Revenuen-Hypotheken nicht gesprochen; es kann aber keinem Zweifel unterliegen, daß auch die Begründung eines derartigen Pfandrechts für ein notwendiges Darlehn den erleichternden Vorschriften der §§ 80ff. unterliegt. Die Gewährung eines Fideikommißdarlehns ohne gleichzeitige Verpfändung dürfte praktisch sehr selten sein, da sich der Gläubiger mit einem obligatorischen Rechte regelmäßig nicht begnügt. Die Bestimmungen des ALR. über die Zuziehung der Anwärter an Stelle

Wiederherstellung der durch Unglücksfälle, ingleichen durch Alter ohne eignes Verschulden des Besitzers ruinierten oder in Verfall geratenen Gebäude aufgenommen werden müssen [1]), sofern jedoch der Besitzer vorsätzlich oder aus Fahrlässigkeit die zum Fideikommisse gehörigen Gebäude nicht hat versichern lassen, sind die durch etwaige Feuerschäden erforderlich gewordenen Darlehne nicht als notwendige Schulden im Sinne des § 81 anzusehen (§ 83). Andererseits liegt eine notwendige Schuld wiederum vor, wenn der Fideikommißbesitzer, der die Gebäude von seinen Vorfahren in so schlechten Umständen überkommen hat, daß sie einer Wiederherstellung bedürfen, ein Darlehn aufnimmt, weil das freie Vermögen der Vorfahren zum Ersatze nicht ausreicht (§ 84). Endlich kann der Besitzer eine Revenuen-Hypothek als notwendig aufnehmen, wenn das Gut durch Krieg oder sonst durch höhere Gewalt derart verheert worden ist, daß in einem oder mehreren Jahren nicht so viel Nutzungen daraus gezogen werden konnten, als zur Abführung der stiftungsgemäßen Prästationen erforderlich waren (§ 86) [2]).

---

eines Familienschlusses würden daher tatsächlich ziemlich bedeutungslos sein, wenn sie sich nur auf die Schuld und nicht auf die dingliche Haftung bezögen. Alles, was in den §§ 80ff. über die notwendigen Fideikommißschulden gesagt ist, hat demnach auch bei der Begründung einer Revenuen-Hypothek für eine derartige Schuld zu gelten. Dies dürfte unbestritten sein; vgl. Turnau-Förster, Bd. I, S. 727. Ramdohr, S. 419, Anm. 10: „Die Regulierung notwendiger Darlehne und der entsprechenden Revenuen-Hypotheken ist Sache der Fideikommißbehörde. Sie hat insbesondere zu prüfen, ob der Fall eines notwendigen Darlehns vorliegt.“ Dernburg, Bürgerliches Recht, III, § 132, S. 455.

[1]) § 81. Nach Lewis, S. 307 sollen die hier enthaltenen Bestimmungen analog auf alle zur Erhaltung der Substanz des Fideikommisses gemachten Verwendungen auszudehnen sein.

Eine derartige Analogie ist aber m. E. unstatthaft. Das Aufzählen bestimmter Fälle durch das Gesetz beweist gerade das Gegenteil von Lewis' Auffassung. Im übrigen ist zu bedenken, daß außer § 81 auch die §§ 85, 86 und 115 spezielle Anordnungen enthalten; und damit dürfte das ALR. den tatsächlichen Verhältnissen in jeder Beziehung Rechnung getragen haben.

[2]) Zu beachten ist auch § 85: Wenn an dem FKInventario überhaupt, oder auch an einzelnen Rubriken desselben, durch Brand,

In allen diesen Fällen tritt an Stelle des Familienschlusses die Zuziehung von zwei Fideikommißanwärtern, und zwar, wenn nur eine Linie vorhanden ist, der beiden zunächststehenden, wenn mehrere vorhanden sind, des nächsten aus der im Besitz befindlichen und des älteren aus derjenigen Linie, welche nach ihr die nächste ist. In jedem Falle sind aber die Kinder des Besitzers nicht mitzurechnen (§§ 87—90). Nur in dem Falle, daß keine anderen Anwärter außer den Kindern des Besitzers vorhanden sind, ist deren Zuziehung hinreichend (§ 92). Es fragt sich nun, wie zu verfahren ist, wenn nur ein Kind und ein sonstiger Anwärter lebt. Die Ausnahme des § 92 kann dem Wortlaute nach hier nicht Platz greifen, denn es ist ja noch ein anderer Anwärter vorhanden. Offenbar geht aber der Sinn des Gesetzes dahin, daß, wenn ein Kind und ein Anwärter existieren, beide zugezogen werden müssen. Hierfür spricht auch die Fassung des § 94: „Ist überhaupt nur ein Anwärter vorhanden."

Schließlich wird die Möglichkeit, daß kein Anwärter bekannt ist, doch aber noch nicht entschieden ist, ob das Fideikommiß in den Händen des gegenwärtigen Besitzers erlöschen werde, berücksichtigt. Dieser muß nämlich in einem solchen Falle, wenn er ein Darlehn aufnehmen will, einen vom Gericht bestellten Kurator wie einen Anwärter zuziehen (§ 95 [1]). Ein zwingendes Erfordernis bei der Aufnahme einer eigentlichen Revenuen-Hypothek für ein notwendiges Darlehn, zu dessen

Krieg, Wasserfluten, oder andere Unglücksfälle, ein solcher Schade entstanden ist, daß derselbe, zu Gelde gerechnet, den vierten Teil der FKEinkünfte nach einem ungefähren Anschlage übersteigt; so ist der Besitzer ebenfalls berechtigt, die zur Wiederherstellung des Inventars nötige Summe auf die Nutzungen des Fideikommisses aufzunehmen.

[1] Dies gilt wohl nicht nur bei notwendigen, sondern bei allen Arten von Belastungen. — Ob im übrigen ein Fideikommißkurator außer den besonders im Gesetz hervorgehobenen Fällen bestellt werden kann, mag hier dahingestellt bleiben. Koch, III. S. 481, Anm. 36 zu § 95. Förster-Eccius, Preuß. Privatrecht, § 242, Anm. 32, S. 272 gegen RG. 19, 307 und Obertribunal, Entsch. Bd. 45, S. 233, sowie Dernburg, Pr. Recht, Anm. 5 zu § 376, S. 956.

Regulierung nur die nächsten Anwärter zugezogen sind, stellt § 96 auf: Es sind nämlich bei der Aufnahme der genannten Art von Darlehnen allemal bestimmte Termine zu ihrer Rückzahlung durch Übereinkommen mit den zugezogenen Anwärtern oder in dessen Ermangelung nach richterlichem Ermessen zu bestimmen[1]). Andererseits braucht der Fideikommißbesitzer nicht höhere Rückzahlungstermine auf ein Jahr zu übernehmen, als der vierte Teil der gewöhnlichen Einkünfte nach einer Schätzung beträgt, welcher der gewöhnlich gute Wirtschaftsstand zugrunde zu legen ist (§§ 97 und 98). Jus cogens enthält wieder § 100, nach dem die zugezogenen Anwärter dem Besitzer mindere Termine als das Viertel der gewöhnlichen Einkünfte nur zugestehen dürfen, wenn das Fideikommiß trotzdem binnen zehn Jahren von der Schuld frei wird[2]). Hingegen muß nach § 99 dem Besitzer zur Wiederherstellung des Gutes durch Verwendung der aufzunehmenden Summe eine verhältnismäßige Zeit gelassen werden, ehe er mit den Rückzahlungen anzufangen verpflichtet ist.

Zum Zustandekommen einer Revenuen-Fideikommiß-Hypothek, auch auf Grund eines notwendigen Darlehns, genügt die gemeinsame Beratschlagung und Beschlußfassung der beteiligten Personen nicht. Die Regulierung des — notwendigen — Darlehnsgeschäftes und daher auch der notwendigen Revenuen-Hypothek muß vielmehr gemäß § 101 stets gerichtlich erfolgen. Und zwar ist seit 1855 das Oberlandesgericht des betreffenden Bezirks zuständig, während als Beschwerdeinstanz über ihm der Justizminister fungiert[3]). Wie die Zuziehung im einzelnen zu erfolgen hat, darüber gibt das mehrfach besprochene Gesetz vom 15. Februar 1840 Aufschluß.

---

[1] Die Nichtbeachtung dieser Vorschrift hat die Nichtigkeit der trotzdem eingetragenen Hypothek zur Folge.

[2]) Auch die Außerachtlassung dieser Bestimmung dürfte die in der vor. Anm. angegebene Folge haben.

[3]) §§ 1 und 4 des Gesetzes, betreffend die Kompetenz der Gerichtsbehörden in Familienfideikommißsachen. Vgl. auch RG. 34, S. 228, 229.

Die beiden Anwärter sind zunächst zu einer Erklärung aufzufordern. Antwortet einer von ihnen — oder auch beide — nicht, so hat das Fideikommißgericht auf Antrag des Besitzers einen solchen Interessenten unter Zufertigung des Entwurfes zu Begründung des notwendigen Revenuenpfandes mit der Warnung vorzuladen, daß er, wenn er der Revenuen-Hypothek nicht bis zu dem Termin oder in demselben widerspricht, er für zustimmend werde erachtet werden. Die Folgen einer Nichtbeachtung der Warnung sind die gleichen, wie oben auf S. 44 angeführt. Aber auch wenn die Anwärter dem Verlangen des Fideikommißbesitzers widersprechen, soll die Angelegenheit nicht ohne weiteres in negativem Sinne erledigt sein. Vielmehr muß in diesem Falle durch Schiedsrichter darüber entschieden werden, ob der Fall eines notwendigen Darlehns, bzw. einer notwendigen Revenuen-Hypothek nach Vorschrift des ALR. II. 4 vorhanden sei. Für das schiedsrichterliche Verfahren sind die §§ 1025 ff. der Zivilprozeßordnung maßgebend (§ 18 a. a. O.)[1]).

2. Daß § 1287 des BGB. auch im Falle der eigentlichen Revenuen-Hypothek nicht angewandt werden kann, bedarf mit Rücksicht auf die Ausführungen im § 5, 2 keiner näheren Begründung.

3. Dagegen ist § 1118 auch bei der eigentlichen Revenuen-Hypothek von Bedeutung. Die dort vorgeschriebene Erklärung des Fideikommißbesitzers gegenüber dem Grundbuchamte bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung der Familie. Letztere äußert ihre Einwilligung stets durch einen Familienschluß; auch in dem Falle, daß die Ausgabe der Schuldverschreibung auf den Inhaber im Sinne der §§ 80 ff., II. 4 notwendig ist, dürfte die Zuziehung der beiden nächsten Anwärter nicht genügen[2]).

4. Die Bemerkungen zu 4 im § 5 finden insofern auch Anwendung, als eine Revenuen-Fideikommiß-Hypothek entsteht, wenn die Einigung der Parteien auf Bestellung einer solchen

[1]) Fischer-Schroeder, Preußische bürgerliche Gesetzessammlung, S. 235, Anm. 8.

[2]) Weil in § 80 nur von Darlehnen gesprochen wird.

ging, aber (mangels besonderer Bemerkung) eine sogenannte Substanzhypothek eingetragen wurde.

5. Unter welchen Voraussetzungen eine Revenuen-Hypothek entsteht, wenn Gegenstand des Einigungsgeschäftes eine volle Hypothek war, aber die letztere nicht begründet wurde, weil das Grundbuchamt entweder nur eine Revenuen-Fideikommiß-Hypothek eintrug oder zwar eine Substanzhypothek, während von seiten der Familie nur die Begründung einer eigentlichen Revenuen-Hypothek gestattet wurde — diese Frage regelt sich ebenfalls ganz entsprechend den Ausführungen in § 5 unter Nr. 5 der vorliegenden Abhandlung[1]).

6. Ebenso wie bei der nichteigentlichen Revenuen-Hypothek kann § 868 der ZPO. auch bei der Revenuen-Fideikommiß-Hypothek zur Anwendung kommen. Der Unterschied zwischen den beiden Fällen besteht lediglich darin, daß in dem zuletzt genannten die Zwangsvollstreckung nur auf Grund einer Fideikommißschuld betrieben werden kann. Liegt eine solche vor, und wird der Gläubiger nicht rechtzeitig befriedigt, so kann er auf Grund des § 868 der ZPO. die Eintragung einer eigentlichen Sicherungs-Revenuen-Hypothek beantragen, die ihm naturgemäß dieselben Rechte gibt wie eine freiwillig begründete Revenuen-Fideikommiß-Hypothek.

7. Endlich können eigentliche Revenuen-Hypotheken noch nach der preußischen Agrargesetzgebung ohne Zustimmung irgendwelcher Agnaten zur Entstehung gelangen. Maßgebend hierfür ist in der Hauptsache das Gesetz wegen Sicherstellung der Rechte dritter Personen bei gutsherrlich-bäuerlichen Regulierungen usw. vom 29. Juni 1835. Hiernach kann der Fideikommiß-

[1]) Das gleiche gilt, wenn die Einigung auf Bestellung einer eigentlichen Revenuen-Hypothek ging, aber nur eine einfache eingetragen wurde oder zwar eine eigentliche, ohne daß aber die Familie irgendwie ihre Zustimmung erteilt hätte. Dieser Fall kann besonders dann von Bedeutung sein, wenn der FKBesitzer und der Gläubiger das von dem letzteren zu gewährende und teilweise schon gewährte Darlehn für ein notwendiges gehalten haben, während die beiden Anwärter und das Gericht nachher anderer Meinung sind. (Vgl. die Anm. 2 auf S. 31 dieser Abhandlung.

besitzer für die Einrichtungskosten, welche bei Regulierungen und Ablösungen zu verwenden sind, am Hauptgute oder auch an den Abfindungsparzellen Substanzhypotheken begründen. Dieselben Rechte stehen ihm zu, wenn er Geld bedarf, um Kapitalabfindungssummen, bzw. Entschädigungen bei Gemeinheitsteilungen und Ablösungen entrichten, oder um die Kosten für das Verfahren bei dergleichen Angelegenheiten decken zu können. Es ist selbstverständlich, daß der Eigentümer in derartigen Fällen auch berechtigt ist, ohne Zustimmung der Anwärter an Stelle der Substanzhypotheken eigentliche Revenuen-Hypotheken aufzunehmen[1]). Sehr häufig dürfte dies aber nicht vorkommen[2]).

Die Verfügung des Fideikommißbesitzers, welche den bisherigen Ausführungen in § 6 widerspricht, ist unbedingt unwirksam[3]), nicht etwa als auflösend bedingt gültig anzusehen. An dieser Tatsache kann auch § 79, Teil II, Titel 4 nichts ändern, allerdings bezieht sich diese Bestimmung nicht nur auf Veräußerungen, sondern auch auf Belastungen[4]). Aber die in § 79 gebrauchten Ausdrücke, der Anwärter könnte die Handlung anfechten und auf Versetzung der Sache in den vorigen Stand antragen, sind keine technischen Bezeichnungen für die Befugnisse und deren Ausübung[5]). Ferner sind die Agnaten

[1]) Dem gegenüber darf man auch nicht einwerfen, daß Art. 60 des EGBGB. nur dann zur Anwendung komme, wenn in dem gerade vorliegenden Falle die Bestellung einer Substanzhypothek unzulässig sei.

Vielmehr geht der Sinn der genannten Bestimmung ohne Zweifel ganz allgemein dahin, daß an Fideikommiß-Lehngrundstücken, Stammgütern usw. Revenuen-Hypotheken bestellt werden können.

[2]) Eine ausführlichere Behandlung der Materie liegt außerhalb des Rahmens dieser Arbeit; sie gehört in die Spezialliteratur des Preußischen Agrarrechts.

[3]) So auch RG. 39, S. 182.

[4]) Denn es würde nicht einzusehen sein, warum die in § 79 enthaltene Beschränkung der Rechte des Agnaten nur bei Veräußerungen und nicht bei Belastungen stattfinden sollte. Ebenso die gem. Meinung.

[5]) Ramdohr, S. 380.

nicht auf § 79 allein angewiesen, vielmehr kann die Familie als solche sofort ihre Rechte geltend machen.

Dies wird nun allerdings vielfach[1]) bestritten, und wir müssen daher die Frage im folgenden zum Gegenstand einer eingehenden Erörterung machen.

Ist man der Ansicht, daß die Familie gegen die ihr nachteilige Verfügung nicht sofort einschreiten kann, so ergeben sich drei Möglichkeiten hinsichtlich der Rechtsstellung des Grundbuchamtes: Entweder man hält dafür, daß dieses die Eintragung der vom Fideikommißbesitzer gewünschten eigenmächtigen Rechtsänderung ablehnen muß[2]), oder man behauptet, daß der Grundbuchrichter die Eintragung ohne weiteres zu bewirken hat, oder aber man gestattet ihm zwar die Eintragung, jedoch nur unter gleichzeitiger Bemerkung, daß die Familie ihre Einwilligung nicht gegeben hat.

Die erstere Ansicht wird wohl von den meisten Schriftstellern vertreten, wenn sie sich auch nicht überall klar ausgesprochen findet[3]). Wir werden nun sehen, ob sie sich mit der Behauptung vereinigen läßt, daß die Familie, bzw. der einzelne Anwärter nicht unmittelbar gegen eigenmächtige Verfügungen des Besitzers vorgehen können.

Wenn das Grundbuchamt eine vom Fideikommißbesitzer gewünschte Rechtsänderung nicht eintragen darf, so muß, handelt es diesem Verbote zuwider, die Eintragung logisch-notwendigerweise wirkungslos sein. — Kann man nun der Familie das Recht

---

[1]) Von Zedlitz, S. 53, Anm. 3. Duncker, S. 138. Lewis, S. 248. Berthold, S. 73.

[2]) Die Ablehnung ist aber natürlich in jedem Falle nur dann erforderlich und gestattet, wenn die Fideikommißeigenschaft im Grundbuche eingetragen ist. (§ 891 BGB.)

[3]) Vgl. aber Ramdohr, S. 379, Anm. 17 und Rosin, S. 435. Auch Berthold, S. 71 spricht von einem gesetzlichen Veräußerungs- und Belastungsverbot und muß daher konsequenterweise den Grundbuchrichter für verpflichtet halten, den Eintragungsantrag abzulehnen; denn es ist klar, daß das Gericht nicht einem gesetzlichen Verbot zuwider handeln kann. Ebenso Lewis, S. 248, der ein „gesetzlich sanktioniertes Verbot“ annimmt.

der Beschwerde versagen, wenn ungesetzlicherweise z. B. eine Revenuen-Hypothek im Grundbuch aufgenommen wurde? Kann man dem Richter die Eintragung einer eigenmächtigen Verfügung des Besitzers verbieten, gleichzeitig aber, falls trotzdem die Eintragung bewirkt wird, denjenigen, die dadurch betroffen werden, die Abwehr unmöglich machen? Wäre dies tatsächlich richtig, so hätte das Gesetz sich jedenfalls in einen offenbaren Widerspruch verwickelt. Will man aber diese Schlußfolgerung vermeiden, so wird man sagen müssen, daß § 79. II. 4 das Anwartschaftsrecht nicht erschöpfend behandelt, und wenn man weiter bedenkt, daß der Familie nach § 73 das Obereigentum zusteht, daß sie also ein gegenwärtiges dingliches Recht am Fideikommißgute hat, so dürfte sich die Annahme nicht von der Hand weisen lassen, daß das ALR. die Legitimation des Obereigentümers zum sofortigen Einschreiten bei nachteiligen Rechtsänderungen als selbstverständlich ansieht und deshalb nicht besonders erwähnt[1]). Endlich kann man, wenn man die Familie zur Beschwerde für befugt erachtet, ihr auch das Recht zur Klageanstellung gegen Dritte nicht absprechen, denn es würde absolut kein Grund einzusehen sein, warum hier ein Unterschied gemacht werden sollte.

Wenn man der Meinung ist, daß der Grundbuchrichter dem Verlangen des Fideikommißbesitzers, eine Eintragung zu bewirken, Folge geben muß, so vermeidet man zwar den Widerspruch zwischen objektivem und subjektivem Recht, den wir oben erörtert haben, aber man entfernt sich trotzdem nicht weniger weit von dem gewollten Sinne des Gesetzes. Denn man kann nicht mehr von einem „beständigen" Fideikommisse sprechen, wenn es von dem Willen des jeweiligen Besitzers abhangen soll, ob er das Gut veräußern, bzw. belasten will oder nicht. Die

[1]) Duncker, Gesamteigentum, S. 138 und v. Zedlitz, a. a. O. führen aus, daß das preußische Landrecht die Konsequenz aus der Theorie vom geteilten Eigentum nicht gezogen und nur dem einzelnen Anwarter ein Anfechtungsrecht gegeben habe; in Wirklichkeit hat das ALR. die Konsequenz aber wohl gezogen, es hat sie nur nicht besonders ausgesprochen.

Regreßklage, die man dem einzelnen Anwärter wohl zubilligen könnte, ist wahrlich kein ausreichender Ersatz, und was die Klage aus § 79 anbetrifft, so hilft sie durchaus nicht über die Tatsache hinweg, daß gemäß Art. 61 des EGBGB. die Vorschriften über den Schutz gutgläubiger Erwerber Anwendung finden sollen. Nun könnte man vielleicht einwerfen, daß die Bestimmungen des BGB. erst seit 1900 in Geltung sind, während das ALR. mehr als hundert Jahre früher verfaßt worden ist. Ein solcher Einwand würde indessen nicht stichhaltig sein, denn schon damals galt bei beweglichen Sachen wie bei Grundstücken das alte deutsch-rechtliche Prinzip zugunsten der bona fides, das dann später durch die Gesetze von 1872 und durch die Reichsgesetzgebung zur vollkommenen Ausgestaltung gelangt ist.

Bereits nach der allgemeinen Hypothekenordnung[1]) und jedenfalls nach Allgemeinem Landrechte[2]) „war der Glaube des Hypothekenbuches ein so unbedingter, daß der eingetragene Besitzer in allen mit einem Dritten über das Immobile abgeschlossenen Verhandlungen als Eigentümer desselben angesehen wurde", es sei denn, daß der Erwerber bösgläubig war[3]).

Ein Beispiel möge zur Erläuterung der ganzen Sachlage dienen: Der Fideikommißbesitzer A. veräußert das Fideikommißgrundstück an B. ohne Zustimmung der Familie; alsbald nach Eintragung der Rechtsänderung durch den Grundbuchrichter überträgt B. das Grundstück weiter an C., dem nicht bekannt war, daß A. seinerzeit eigenmächtig verfügt hatte. Das Resultat dieses Vorganges ist bereits auf Grund der Bestimmungen des ALR., daß C. uneingeschränkter Eigentümer des Fideikommißgutes wird[4]).

Nun spricht allerdings § 79, II, 4 von „Versetzung der Sache in den vorigen Stand". Allein damit ist nur das Verhältnis gegenüber dem ersten Kontrahenten, sowie gegenüber

---

[1]) Vgl. §§ 55 und 92 der Hypothekenordnung, sowie die Bemerkungen von Förster, S. 77 ff. und 103.

[2]) Teil I Titel 10 §§ 7, 8, Titel 20.

[3]) Bornemann, II, S. 124.

[4]) Vgl. auch RG. 39, 265.

späteren bösgläubigen Erwerbern gemeint. In jedem Falle ist § 79 nicht imstande, die allgemeinen Grundsätze des Schutzes der bona fides vollständig umzustoßen. Sollte es aber doch geschehen, so hätte das ausdrücklich im Gesetz vermerkt werden müssen[1]).

Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich, daß eine etwaige Annahme, nach der das Grundbuchamt zur Eintragung eigenmächtiger Verfügungen des Besitzers ohne weiteres verpflichtet ist, unhaltbare Konsequenzen nach sich zieht: sie gerät zu allen Fideikommißrechtsnormen und ganz besonders zum Prinzip der Erhaltung des splendor familiae in unentwirrbaren Widerspruch.

Es fragt sich endlich, ob nicht vielleicht der Richter die vom Besitzer gewünschte Eintragung bewirken, gleichzeitig aber den Mangel der Zustimmung der Familie im Grundbuch bemerken muß. Die Richtigkeit einer derartigen Ansicht hängt davon ab, ob die Vorschriften des ALR. Teil I Titel 18 auch bei Fideikommissen anwendbar sind[2]).

In Betracht kommt zunächst § 74, II, 4, der von „den Gesetzen vom nutzbaren Eigentum" spricht, nach welchen die Rechte und Pflichten des Fideikommißbesitzers beurteilt werden sollen. Sind unter diesen Gesetzen vom nutzbaren Eigentum die Bestimmungen des Lehnrechtes zu verstehen? Förster-Eccius[3])

---

[1]) Vgl. §§ 122–125; a. M. Koch, III, S. 479, Anm. 28 zu § 79. Indessen ist es heute fast unbestritten, daß die Klage aus § 79 keine Restitutionsklage im eigentlichen Sinne ist. Siehe die bei Berthold, S. 72, angegebene Literatur.

[2]) Diese Meinung wird von Rosin, S. 434, 435 und Förster-Eccius IV, S. 277, Anm. 75 vertreten. Auch Berthold, S. 74, ist derselben Ansicht, obwohl er dadurch seiner eigenen kurz vorher aufgestellten Behauptung entgegentritt, daß eigenmächtige Verfügungen des Besitzers „völlig wirkungslos" sind. Wenn die Rechtsregeln über Lehne auf die Bestimmungen von Teil II Titel 4 Anwendung finden, so sind eigenmächtige Verfügungen des Besitzers nicht „völlig wirkungslos". Es gilt dann vielmehr § 330, I, 18, wonach selbständige Verfügungen vor der Hand gültig sind.

[3]) a. a. O.

bejahen diese Frage, aber ohne zureichenden Grund, denn das nutzbare Eigentum ist nicht mit dem Lehen identisch, es stellt vielmehr den Oberbegriff zu diesem dar. Wenn daher § 74 die Gesetze vom nutzbaren Eigentum erwähnt, so meint er damit nur die allgemeinen Vorschriften in Teil I Titel 18 §§ 1—12, sowie die §§ 94—96, I, 9, nicht aber die besonderen Bestimmungen über Lehne[1]).

Eher könnte man über die Bedeutung von § 76 im Zweifel sein, weil er von „allen Fällen" spricht, wenn bei geteiltem Eigentum die Einwilligung des Obereigentümers zu einer Verfügung erforderlich ist. Doch selbst angenommen, daß hiermit speziell auch das Lehen gemeint sein sollte[2]), so ist doch zu bedenken, daß § 76 nur die allgemeinen Grundsätze angibt, wann ein Familienschluß erforderlich ist, aber keine Anordnungen über die Folgen gleichwohl selbständig getroffener Verfügungen enthält.

Abgesehen von den §§ 74 und 76 gibt es im Fideikommißrecht noch eine Reihe spezieller Verweisungen auf die Bestimmungen von Teil I Titel 18, nämlich in den §§ 103, 106, 209, 211, 223. Auf Grund dieser Tatsache glaubt Berthold[3]) versichern zu können, daß „die Vorschriften über Lehne bei Fideikommissen immer anzuwenden sind".

Dem kann nicht beigetreten werden. Denn wäre das in Wirklichkeit der Fall, so würden ja die vielen besonderen Verweisungen gar nicht notwendig sein. Nicht richtig ist es auch, § 223 zum Beweise des Gegenteiles heranzuziehen und zu behaupten, in der Fassung dieses Paragraphen und besonders in dem Wörtchen „auch" liege der Gedanke, „da die Vorschriften über Lehne immer anzuwenden sind, so natürlich auch im Falle

[1]) Vgl. Fischer-Schroeder, ALR., S. 197, Anm. 28.

[2]) Unwahrscheinlich ist dies jedenfalls, denn es müßte dann auch das Recht des Erbzinsgutes mit herangezogen werden; die Vorschriften über Lehne und Erbzinsgüter widersprechen sich aber häufig. Vgl. §§ 697, 698, 701, 707, 708 gegenüber §§ 107, 228, 327—330, I, 18.

[3]) a. a. O.; der Verfasser stützt sich dabei, wenigstens zum Teil, auf Rosin, S. 434, 435.

des § 223“ [1]). Mindestens mit der gleichen Berechtigung kann man sagen, das Wort „auch“ habe den Sinn, ebenso wie in den §§ 103, 106, 209, 211, so gelten auch hier die Bestimmungen von Teil I Titel 18.

Aus dem Gesagten folgt, daß die Anwendbarkeit des Lehnrechtes auf die Anordnungen des II. Teiles Titel 4 durch nichts bewiesen ist; und da nun auch die anderen Ansichten, wie wir oben gesehen haben, keineswegs befriedigen, so bleibt nur die Meinung übrig, nach der die Familie den Berichtigungsanspruch bei ihr nachteiligen Verfügungen des Besitzers unmittelbar zur Durchführung bringen kann [2]).

Hieraus aber ergibt sich auch die unbedingte Nichtigkeit eigenmächtiger Verfügungen des Untereigentümers, über die wir bereits oben gesprochen haben.

III. Abschnitt.

Die durch die Revenuen-Hypothek begründeten Rechte und Pflichten.

I. Kapitel.

§ 7. Das Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Fideikommißbesitzer, bzw. Familie.

A. Die Anwendungen der Vorschriften des Reichsrechts.

Da die Revenuen-Hypothek, wie bereits hervorgehoben, nur eine besondere Form der gewöhnlichen Hypothek des BGB. darstellt, haben prinzipiell alle dort und in der GBO. enthaltenen

[1]) Berthold a. a. O.

[2]) Ebenso Ramdohr S. 464, der S. 482 ausführt, daß die Familie eine juristische Person sein muß. RG. Bd. 54, S. 402 läßt diese Frage dahingestellt. Dafür Obertribunal 67, 222, auch Dernburg a. a. O. S. 444, steht dieser Anschauung nicht mehr entgegen. Im „Preußischen Privatrecht“, S. 959, § 378, Anm. 3, nimmt er übrigens an, „daß dem Anwärter eine Anfechtung nicht versagt werden kann, wenn ohne solche die Substanz des Fideikommisses gefährdet würde“. Vgl. auch RG. 30, S. 397 und 398.

Bestimmungen auf sie sinngemäß, d. h. dem besonderen Rechtsgebiet entsprechend Anwendung zu finden. In den meisten Fällen genügt es daher, auf diesen allgemeinen Gesichtspunkt hinzuweisen; bei einer Anzahl von Vorschriften des BGB. ist es jedoch erforderlich, die Art ihrer Anwendung besonders zu formulieren, da dieselbe sich hier nicht ohne weiteres ergibt. Außerdem sind diejenigen Bestimmungen als Ausnahmen hervorzuheben, die für die Revenuen-Hypothek gar nicht oder nur zum Teil in Betracht kommen.

Die Bestimmung des Art. 61 des EGBGB. sei hier nur eben erwähnt, da sie bereits mehrfach besprochen worden ist. Demnach würde jetzt zunächst § 1133 des BGB. zu nennen sein, dessen Anwendbarkeit für die Revenuen-Hypothek von Ramdohr[1]), allerdings mit einem Ausdruck der Ungewißheit verneint wird. Die unbedingte Ablehnung dieses Paragraphen geht aber meiner Ansicht nach zu weit. Es ist stets zu beachten, daß die Normen des BGB. nur dann nicht herangezogen werden können, wenn sie mit dem Wesen der Revenuen-Hypothek nicht vereinbar sind. Das trifft aber bei § 1133 nur teilweise zu: Bei der auf die Besitzzeit des Bestellers beschränkten „Einkünftehypothek" hat der Gläubiger meines Erachtens im Falle der Verschlechterung alle in der genannten Bestimmung statuierten Rechte, nur daß er die Zwangsversteigerung niemals beantragen kann, und daß die Zwangsverwaltung nicht über die Besitzzeit des derzeitigen Besitzers hinaus ausgedehnt werden darf. Dagegen muß bei der Revenuen-Fideikommiß-Hypothek § 1133 allerdings unberücksichtigt bleiben, und zwar erstens, weil die Zwangsverwaltung als Befriedigungsmittel nur während der Besitzzeit des Bestellers stattfinden könnte[2]), dies aber im Widerspruch mit dem Wesen der eigentlichen Revenuen-Hypothek stehen würde. Zweitens würde die Anwendung von § 1133 und eine etwa infolgedessen eingeleitete Zwangsverwaltung eine Unbilligkeit gegenüber dem

[1]) S. 419.

[2]) Anderenfalls würde der Nachfolger durch die schlechte Verwaltung seines Vorgängers in seinem Rechte beeinträchtigt werden, was aber dem Gesetze durchaus widersprechen würde.

Fideikommißbesitzer selbst bedeuten, da die ganze eingetragene Schuld unter keinen Umständen ihn allein, sondern das Fideikommiß als solches, also auch spätere Nachfolger, trifft und treffen soll[1]). Würde aber dem Gläubiger die Berufung auf § 1133 zustehen, so müßte der Besitzer tatsächlich die Schuld häufig ganz allein tragen und die Zwangsverwaltung so lange dulden, bis der Gläubiger endgültig befriedigt wäre. — Übrigens ist dieser auch unter Außerachtlassung der genannten Vorschrift nicht ohne den notwendigen gesetzlichen Schutz, da er sich stets auf § 1134 berufen kann.

Daß die Zwangsvollstreckung gemäß § 1147 nicht im Wege der Zwangsversteigerung erfolgen darf, ist bereits mehrfach hervorgehoben worden (vgl. auch die Ausführungen weiter unten.

Schwieriger gestaltet sich die Frage, wem die Revenuen-Hypothek in den Fällen zusteht, in denen nach dem BGB. die Eigentümerhypothekvorkommt. Es handelt sich hier um die §§ 1163, 1164, 1168, 1170 Abs. 2 Satz 1, 1176, sowie um die Bestimmungen, betr. die Eigentümergesamthypothek. Es ist offensichtlich, daß man hier den Fideikommißbesitzer dem Eigentümer nicht in allen Fällen gleichstellen kann, sonst würde dieser, wenn auch auf einem Umwege, in die Möglichkeit gelangen, selbständig eine eigentliche Revenuen-Hypothek zu begründen. Man wird daher unter Berücksichtigung einerseits der landrechtlichen Theorie vom geteilten Eigentum, andererseits im Hinblick auf die Tatsache, daß die Bestellung von nichteigentlichen Revenuen-Hypotheken im freien Belieben des Besitzers steht, folgende Regel aufzustellen haben.

Ist das Fideikommißgrundstück mit einer nichteigentlichen Revenuen-Hypothek belastet, so steht bei Erlöschen der Forderung, bei Verzicht des Gläubiger usw. die nichteigentliche Revenuen-Hypothek dem Besitzer zu. Ist dagegen eine Revenuen-Fideikommiß-Hypothek im Grundbuch eingetragen, so steht die-

[1]) Beide Gründe treffen bei der nichteigentlichen Revenuen-Hypothek nicht zu; darum hat § 1133 hier Platz zu greifen (und zwar auch im Falle des § 226, II, 4).

selbe in den Fällen der bürgerlich-rechtlichen Eigentümerhypothek dem Untereigentümer und Obereigentümer, d. h. dem Fideikommißbesitzer und der Familie gemeinschaftlich zu. Es fragt sich nun aber weiter, wie die Familie ihren Willen bei Verfügungen über eine Revenuen-Eigentümer-Hypothek kund gibt, durch Familienschluß oder durch die beiden nächsten Anwärter. Um diese Frage zu entscheiden, ist von dem Gedanken auszugehen, daß jede Disposition über eine Revenuen-Fideikommiß-Hypothek des Eigentümers sich im eigentlichen Sinne als eine Verfügung über Fideikommißvermögen darstellt. Zur gültigen Verfügung über solches ist aber prinzipiell ein zustimmender Familienschluß erforderlich[1]). Man wird den letzteren deshalb auch grundsätzlich bei allen Dispositionen über die Revenuen-Eigentümer-Hypothek für notwendig halten müssen. Eine Ausnahme erscheint nur angebracht, wenn ein Darlehen im Sinne von § 81 aufgenommen werden soll. Bei einer solchen Sachlage ist, wie wir gesehen haben, zur Begründung einer Revenuen-Fideikommiß-Hypothek lediglich die Zustimmung der beiden nächsten Anwärter erforderlich, dieselbe wird daher auch dann genügen, wenn es sich um Übertragung einer bereits bestehenden Revenuen-Eigentümer-Hypothek handelt. — Im Interesse größerer Klarheit sei es gestattet, das Gesagte zusammenfassend zu wiederholen.

I. Ist eine nichteigentliche Revenuen-Hypothek begründet worden, so steht die Eigentümerhypothek daran dem Fideikommißbesitzer zu.

II. Ist eine eigentliche Revenuen-Hypothek bestellt worden, so steht dieselbe dem Untereigentümer und Obereigentümer gemeinschaftlich zu.

III. Der Obereigentümer, d. h. die Familie kann prinzipiell nur durch Familienschluß verfügen.

IV. Soll ein notwendiges Darlehn „auf die Einkünfte“ aufgenommen werden, so genügt zur Übertragung der bestehenden Eigentümerhypothek an den Gläubiger

---

[1]) § 76, II, 4 in Verbindung mit § 2, I, 18.

ausnahmsweise die Zuziehung der beiden nächsten Anwärter[1]).

[1]) Die Begründung zum vorläufigen „Entwurf" von 1903 behandelt in gewisser Hinsicht die Eigentümerhypothek anders, als es hier im Text geschehen ist. Nach ihm steht sie nämlich in allen Fällen dem FKBesitzer zu (vgl. 67 ff.).

Im Sinne des Entwurfes selbst ist dieser Ansicht beizustimmen. Denn nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 26 gehört das Fideikommiß dem Fideikommißbesitzer, d. h. er ist einziger Eigentümer. Dem entspricht es vollkommen, wenn auch die Eigentümerhypotheken lediglich ihm zustehen.

Ganz anders regelt sich die Frage nach geltendem Recht. Hier ist die gesetzlich sanktionierte Theorie vom geteilten Eigentum maßgebend. Dieselbe wird zwar nicht durchweg anerkannt, doch findet sie in letzter Zeit wieder allgemeinere Zustimmung (vgl. R. Gierke, S. 35, Anm. 1 und Dernburg BGB. III, S. 444). In jedem Falle müssen die unzweideutigen Vorschriften der §§ 72 ff. als bindend erachtet werden. —

Abgesehen von dieser grundsätzlichen Unterscheidung lassen sich die Ausführungen in der Begründung des Entwurfs, wenigstens zum Teil, auch schon jetzt verwerten. Besonders hat bereits heute der Satz zu gelten, daß der FKBesitzer, soweit er eine pfandrechtlich sichergestellte Forderung aus seinem Allodialvermögen befriedigt, für sich eine Allodialhypothek, keine Fideikommißhypothek (zusammen mit der Familie) erwirbt.

Zu beachten ist hierbei aber, daß der Untereigentümer, obgleich die Nutzungen, die er zieht, in sein Allodialvermögen fallen, trotzdem keine Hypothek zu seinen Gunsten erwirbt, wenn er den Gläubiger ratenmäßig und entsprechend der im Konsense der Agnaten gegebenen Vorschrift befriedigt.

Nur insoweit als er die Schuld über die vereinbarte Zins- und Amortisationssumme hinaus bezahlt, geht die Hypothek als Allodialhypothek auf ihn über. Indessen hat auch dieser Rechtssatz für ihn dann keine Bedeutung, wenn er so lange Besitzer bleibt, als das Grundstück gemäß der Bewilligung der Anwärter überhaupt pfandrechtlich verhaftet sein darf.

Folgendes Beispiel möge dies erklären: Ein FKBesitzer nimmt unter Zustimmung der beiden nächsten Agnaten eine Rentenhypothek für ein notwendiges Darlehn auf. Gemäß den Bestimmungen des Konsenses sind jährlich 10000 Mark an den Gläubiger mit der Wirkung zu zahlen, daß die Schuld nach fünfzehn Jahren getilgt ist. Wenn nun der Untereigentümer nach Ablauf des ersten

Ganz im Einklang mit diesen Grundsätzen ist § 1141 zur Anwendung zu bringen. Die genannte Bestimmung dürfte daher in entsprechender Abänderung folgendermaßen zu lauten haben:

„Hängt die Fälligkeit der Forderung von einer Kündigung ab, so ist die Kündigung für die Revenuen-Hypothek nur wirksam, wenn sie von dem Gläubiger dem Fideikommißbesitzer [1]) oder von dem Fideikommißbesitzer dem Gläubiger erklärt wird. Zugunsten des Gläubigers gilt derjenige, welcher im Grundbuche als Fideikommißbesitzer eingetragen ist, als der Fideikommißbesitzer.

Im Falle der eigentlichen Revenuen-Hypothek ist die Kündigung des Besitzers nur wirksam, wenn die Familie ihre Einwilligung dazu gegeben hat. Die Familie kann diese Einwilligung nur durch Familienschluß kundtun [2]) [3]).

(Abs. 2.) Hat der Fideikommißbesitzer keinen Wohnsitz im Inlande, oder liegen die Voraussetzungen des § 132 Abs. 2 vor, so hat auf Antrag des Gläubigers das Amtsgericht, in dessen Bezirke das Grundstück liegt, dem Fideikommißbesitzer einen

---

Jahres anstatt 10000 Mark 20000 Mark zahlt, so geht die Hypothek des Gläubigers in Höhe von 10000 Mark auf ihn über. Würde er jetzt sterben und das Fideikommißgut in die Hände des Nachfolgers übergehen, so hätten seine Allodialerben Anspruch auf Erstattung von 10000 Mark. Bleibt er aber noch fünfzehn Jahre Besitzer des Grundstücks, so vereinigen sich Schuld und Forderung in seiner Person, d. h. sie kommen beide nicht zum Austrag.

[1]) Dies genügt in allen Fällen, denn der Besitzer ist Verwalter des FKVermögens und vertritt insofern stets die Familie gegenüber Dritten.

[2]) Die — gültige — Kündigung der eigentlichen Revenuen-Hypothek wirkt auch gegenüber allen späteren FKFolgern; sie stellt sich daher als eine Verfügung dar, deren rechtliche Beurteilung den Bestimmungen des § 76, II, 4 in Verbindung mit §§ 1 ff., § 5, I, 18 unterliegt.

[3]) Im allgemeinen dürfte es sich übrigens empfehlen, wenn im Familienschlusse ratenweise Rückzahlungen ausbedungen werden; dann kommen die Vorschriften über die Kündigung natürlich nicht in Betracht.

Vertreter zu bestellen, dem gegenüber die Kündigung des Gläubigers erfolgen kann [1] [2]).“

Auch bei der rechtlichen Beurteilung der Rangänderung einer Revenuen-Hypothek ist zu berücksichtigen, daß die Familie an derselben ev. rechtlich interessiert ist. Soll also eine Revenuen-Hypothek gemäß § 880 BGB. im Range zurücktreten, so ist neben der Einigung der Beteiligten und der Eintragung jedenfalls die Zustimmung des Fideikommißbesitzers erforderlich; ausreichend ist dieselbe aber nur dann, wenn es sich um eine nichteigentliche Revenuen-Hypothek handelt. Bei einer Revenuen-Fideikommiß-Hypothek muß außerdem die Familie ihrerseits in die Zustimmungserklärung des Fideikommißbesitzers durch einen Familienschluß einwilligen [3]).

Im Falle des § 881 kann sich der Fideikommißbesitzer bei der Belastung des Grundstücks mit einer nichteigentlichen Revenuen-Hypothek die Befugnis vorbehalten, ein anderes dem Umfange nach bestimmtes Recht mit dem Range vor der nichteigentlichen Revenuen-Hypothek eintragen zu lassen.

Soll eine Revenuen-Fideikommiß-Hypothek begründet werden, so muß die Familie grundsätzlich durch Familienschluß ihre Zustimmung zu dem Rangvorbehalte erklären. Im Falle der Aufnahme eines notwendigen Darlehns dürfte die Zuziehung der beiden nächsten Anwärter genügen.

Es bleibt noch ohne Bezugnahme auf einen bestimmten Paragraphen die Möglichkeit zu berücksichtigen, daß eine Revenuen-Hypothek in eine andere Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld umgewandelt wird. Und es fragt sich, ob in einem solchen Falle die Zustimmung der im Range gleich- und nach-

[1]) Kommt praktisch gewiß nur sehr selten in Anwendung.

[2]) Im Falle eines nur unter Zuziehung der beiden nächsten Anwärter aufgenommenen notwendigen Darlehns fällt § 1141 des BGB. deswegen fort, weil hier stets Rückzahlungstermine vereinbart werden müssen. (ALR. 96, II, 4.)

[3]) Wegen der Möglichkeit der Entstehung einer Eigentümerhypothek.

stehenden Berechtigten erforderlich ist. Die Antwort kann nicht zweifelhaft sein, wenn man von dem allgemein anerkannten Grundsatz des BGB. ausgeht [1]), daß bei der Umwandlung an Stelle der bisherigen Belastung keine höhere treten darf. Soll also z. B. eine Revenuen-Hypothek in eine sogen. Substanzhypothek umgewandelt werden, so ist die Zustimmung der Besser- und Gleichberechtigten fraglos erforderlich; denn die Belastung ist hier eine höhere, zwar nicht der Summe nach, aber der Art nach, durch eine ev. später eingeleitete Zwangsversteigerung könnten die andern Rechte leicht gegenstandslos werden. Zu einem gleichen Resultat gelangt man in dem Falle, daß an Stelle einer nichteigentlichen Revenuen-Hypothek eine eigentliche gesetzt werden soll.

B. Die besonderen Vorschriften des Landesrechts.

Das ALR. bedurfte in der Abhandlung, betr. die Fideikommisse, nur weniger besonderer Regeln über die Rechtsbeziehungen zwischen Gläubiger und Eigentümer, da die allgemeinen Vorschriften über die Hypothek fast überall ausreichten. Hieran ist durch das BGB. nichts geändert worden. Die wenigen vorhandenen Unterscheidungen beruhen teilweise auf dem erwähnten, ev. gesetzlichen, Erfordernis der Rückzahlungstermine, teils auf dem Hauptmerkmal der Revenuen-Hypothek, der Beschränkung der Zwangsvollstreckung.

Was das erste anlangt, so gilt das im § 103 ausgesprochene Prinzip, daß der Gläubiger, der auf die Einhaltung der vereinbarten Zahlungszeiten freiwillig verzichtet, dies auf seine Gefahr tut. Das kann nun doppelt gedeutet werden, entweder dahin, daß die Pfandsicherheit für die betr. Teilzahlung überhaupt aufhört, oder daß sie sich nur auf die Besitzzeit des derzeitigen Besitzers beschränkt. Ramdohr [2]) stellt sich auf den ersten

---

[1]) S. z. B. Biermann, § 1203, S. 430. Staudinger-Kober, Bem. 2 zu § 1203, S. 831.

[2]) S. 421.

Standpunkt; mir erscheint der zweite der richtige, denn es würde unbillig sein, den Gläubiger, der dem Besitzer — regelmäßig in dessen eigenem Interesse — Aufschub gewährt, aller pfandrechtlichen Sicherheit zu berauben. Auch bezweckt die Vorschrift doch offenbar nur den Schutz der späteren, nicht aber den des augenblicklichen Fideikommißbesitzers [1]).

§ 103, II, 4 schränkt seine Bedeutung insofern selbst ein, als er auf ALR. I, 18, § 253 verweist. Diese Bestimmung, auf das Fideikommißrecht übertragen, besagt, daß der Gläubiger sich noch alle Rechte wahrt, wenn er die Teilzahlung innerhalb vier Wochen nach dem Ablaufe des Termins einklagt und die Exekution ordnungsmäßig fortsetzt. Wird also demgemäß alsbald die Zwangsverwaltung eingeleitet, so kann diese auch zwecks Befriedigung der betr. Teilzahlung gegen einen späteren Besitzer fortgesetzt werden.

Der Grundsatz des Ausschlusses der Zwangsversteigerung bei der Revenuen-Hypothek wird im § 108, II, 4 ausgesprochen. Die Fassung dieses Paragraphen ist insofern nicht korrekt, als die Beschränkung der Zwangsvollstreckung nur hinsichtlich „solcher Schulden ausgesprochen wird, die nach §§ 80 ff. in gewissen Terminen aus den Einkünften wieder abgestoßen werden sollen". Die Subhastation des Fideikommiß-Grundstückes ist aber selbstverständlich auch in den Fällen ausgeschlossen, wo keine Teilzahlungen ausbedungen worden sind; d. h. sie scheidet nicht nur bei notwendigen Darlehen, sondern bei allen Revenuen-Hypotheken überhaupt aus. Das erhellt aus einem Vergleich mit § 104 a. a. O. und folgt aus dem Sinne des Ganzen.

[1]) Nach Förster-Eccius IV, S. 276 darf, wenn der Gläubiger Nachsicht gibt, der folgende Termin nicht über das Viertel der Einkünfte anwachsen. Indessen läßt sich diese Ansicht durchaus nicht aus dem Gesetzestexte rechtfertigen. § 97 hat mit § 103, der nur auf das Lehnrecht verweist, nichts zu tun.

II. Kapitel.

§ 8. Prozessuale Geltendmachung der Revenuen-Hypothek.

Ein viel verwickelteres Gepräge als die zivilrechtlichen Grundsätze über die Rechte und Pflichten des Gläubigers tragen die Rechtssätze über die gerichtliche Geltendmachung der Revenuen-Hypothek und insbesondere auch über die Zwangsvollstreckung. Dies beruht vor allem darauf, daß das Landesrecht nur sehr wenige Bestimmungen über die gedachte Materie enthält, obwohl die Entscheidung in vielen Fällen durchaus nicht selbstverständlich ist. Es muß daher die Aufgabe der Wissenschaft sein, aus den allgemeinen vom Landrecht über die Revenuen-Hypothek aufgestellten Gesichtspunkten die Grundsätze abzuleiten, die im besonderen bei Prozessen, welche die beschränkte Hypothek zum Gegenstande haben, Anwendung finden müssen.

1. Prozeßparteien, Klageantrag. Der Revenuen-Hypothekengläubiger, der zur Durchführung seiner Rechte die Hilfe des Gerichts in Anspruch nimmt, hat die hypothekarische (nur von dieser, nicht von der obligatorischen ist hier die Rede) Klage regelmäßig sowohl gegen den Fideikommißbesitzer, als auch gegen die Familie als Obereigentümerin zu richten. Dies entspricht dem Grundsatz des ALR. vom geteilten Eigentum am Fideikommißgrundstück, das, wie wir bereits gesehen haben, in allen Fällen der Revenuen-Hypothek (begrifflich) selbst verpfändet ist. Eine Ausnahme macht indessen die auf die Besitzzeit des Bestellers beschränkte Revenuen-Hypothek. Ebenso wie der Fideikommißbesitzer eine solche ohne Zustimmung irgendwelcher Familienorgane begründen kann [1]), ebenso muß er auch allein bei Erhebung einer dementsprechenden Klage passiv legitimiert sein [2]).

---

[1]) Vgl. oben S. 27 ff.

[2]) Über das Verhältnis von Verfügungsbefugnis und Prozeßlegitimation vgl. auch Ramdohr, S. 465, 466.

Um zu entscheiden, wie in dem zurerst genannten Regelfalle der Klageantrag zu lauten hat, muß man berücksichtigen, daß der Fideikommißbesitzer sowohl, wie die Familie „Miteigentum an der Proprietät“ haben, und daß daher die Vorschriften der §§ 737 und 739 ZPO. nicht analoge Anwendung finden können, weil hier weder Nießbraucher noch Ehemann überhaupt Eigentum haben. Andererseits beschränkt sich das Recht der Familie auf ein nudum jus, eine Verurteiluug auf Zahlung erscheint daher ihr gegenüber ebenfalls nicht angemessen. Das richtige dürfte unter diesen Umständen sein, daß der Klageantrag dahin gestellt wird, den Fideikommißbesitzsr zur Zahlung aus dem Grundstücke unter Beschränkung auf die Einkünfte und den Obereigentümer zur Einwilligung in die Zahlung des Fideikommißbesitzers zu verurteilen[1]).

2. Legitimation des gesetzlichen Vertreters, Bedingungen der Klageerhebung. Ist festgestellt, unter welchen Umständen der Gläubiger der Familie als Partei entgegentreten muß, so ist auch noch die Frage zu erledigen, durch wen diese prozessual vertreten wird. Die Antwort gibt § 118, indem er die Vertretung den beiden nächsten Anwärtern überträgt. Für den Fall aber, daß diese Vertretung nicht möglich ist, haben die Regeln Anwendung zu finden, die hinsichtlich der Begründung von notwendigen Revenuen-Hypotheken in Geltung sind[2]. Allerdings wird in § 118 nur § 87 angeführt; es kann aber als sicher gelten, daß die auf § 87 folgenden Bestimmungen bei der Bezugnahme ebenfalls gemeint sind. Z. B. sind die Kinder gemäß § 90 ohne Frage auch zur Prozeßführung grundsätzlich nicht legitimiert. Ferner muß nach § 94, wenn überhaupt nur ein Anwärter vorhanden ist, dessen Beteiligung am Verfahren hinreichend sein. Und endlich ist auch nicht zu bezweifeln, daß der klagende Gläubiger das Recht hat, die Fideikommißbehörde um Bestellung eines Kurators als Vertreter der Familie zu ersuchen, falls kein Agnat bekannt, doch aber noch nicht ent-

[1]) Vgl. Ramdohr, S. 452.
[2]) Ramdohr, S. 458.

schieden ist, ob das Fideikommiß in den Händen des gegenwärtigen Besitzers erlöschen werde (§ 95).

In dem zitierten § 118 ist übrigens nur von Prozessen die Rede, welche die „Substanz" betreffen; allein der Ausdruck kann hier nicht in dem sonst im ALR. gebrauchten Sinne ausgelegt werden, vielmehr muß man annehmen, daß auch Prozesse gemeint sind, die es mit dauernd auf dem Fideikommiß ruhenden Lasten zu tun haben[1]).

Die Regeln über die gesetzliche Vertretung der Familie enthalten kein zwingendes Recht. Wenn daher durch die Stiftungsurkunde andere Faktoren als die beiden nächsten Anwärter zu Prozeßvertreaern bestimmt worden sind, so hat sich der Gläubiger danach zu richten. Es ist offenbar, daß derselbe unter diesen Umständen häufig große Schwierigkeiten haben muß, die geeigneten Personen herauszufinden und ihnen gegenüber seinen Anspruch geltend zu machen. Dieser Tatsache trägt das ALR im § 117 Rechnung. Es soll nämlich der Fideikommißbesitzer bei Beginn eines Prozesses vermutete Vollmacht haben, die Familie zu vertreten. Im weiteren Fortgange des Prozesses müssen dann allerdings die regulären gesetzlichen Vertreter eingreifen. Der Gläubiger hat aber immerhin die Rechtshängigkeit seines Anspruchs durchgesetzt, und da der Fideikommißbesitzer nunmehr die nächsten Anwärter seinerseits zuziehen oder Vollmacht von ihnen beibringen muß (§ 118), so ist das Interesse des klagenden Teils an der Prozeßerledigung durchaus gewahrt[2]) [3]).

---

[1]) Ebenso Ramdohr, S. 458.

[2]) Ramdohr, S. 460, führt mit Bezug auf die Frage betreffs der späteren Vertretung der Familie aus, daß das Gericht nach Einleitung der Klage durch Ersuchen des FKGerichts weitere Ermittelungen anzustellen in der Lage sei. Es kann indessen zweifelhaft sein, ob diese Behauptung zutrifft; denn nach dem Wortlaut der ZPO. erstreckt sich die richterliche Prüfungs- und Ermittelungspflicht wohl darauf, ob die Prozeßführenden als gesetzliche Vertreter legitimiert sind, nicht aber hat das Gericht von Amts wegen aufzuklären, w e r zur Vertretung tatsächlich befugt ist.

[3]) Handelt der FKBesitzer der Vorschrift des § 118 zuwider, so dürfte er für allen durch die Verzögerung entstandenen Schaden auf-

Es entsteht nun die Frage, ob der Gläubiger den Anspruch gegen Besitzer und Familie (letztere vertreten durch die beiden nächsten Anwärter) in einem Prozeß geltend zu machen gezwungen ist. Die herrschende Meinung erachtet das nicht für notwendig[1]. Nur Förster-Eccius sind anderer Meinung[2]. Nach ihnen muß „ein Prozeß wegen der Substanz[3] von dem Besitzer und gegen ihn unter Heranziehung der beiden nächsten Anwärter erhoben werden“[4].

Von den Gründen der vorher genannten Ansicht greife ich als die bedeutsamsten diejenigen heraus, die auf den Bestimmungen der §§ 30 und 31, I, 1 der allgemeinen Gerichtsordnung fußen[5]. Der angegebene § 30 lautet:

„Wenn ein geteiltes Eigentum vorhanden ist, da können Angelegenheiten, welche die Substanz, die unbeweglichen Pertinenzstücke und die Gerechtigkeiten der Sache betreffen, sowohl von dem Ober- als dem nutzbaren Eigentümer verhandelt werden.“ Im § 31 wird dann fortgefahren:

„Wie weit aber die Verhandlungen für den einen wie für den andern verbindlich sind, ist nach den Vorschriften der Gesetze zu beurteilen (ALR. T. II Titel 18 § 258, Teil II Titel 4 §§ 117 ff.).“

Es ist ohne weiteres zuzugeben, daß diese Bestimmungen geeignet sind, gegen die Richtigkeit der Auffassung von Förster-Eccius erhebliche Zweifel zu wecken, besonders die Bezugnahme auf §§ 117 ff., II, 4 scheint jegliche Ungewißheit auszuschließen.

---

zukommen haben. Ferner ist es nach Ramdohr Aufgabe der FKBehörde, „auch ihrerseits die Ermittlung des legitimierten Vertreters zu unterstützen, sobald sie durch Anfrage des Prozeßgerichts oder Mitteilung des Klägers Kenntnis vom schwebenden Prozeß erlangt“. (Ramdohr, S. 460).

[1] Vgl. z. B. Dernburg, BGB. III, S. 450, Ramdohr, S. 461 ff., 464, Anm. 4. Striethorsts Archiv 2, 85; 26, 77 und 78. Gruchot, 5, 73, RG. 28, 277. Rehbein und Reinke, Anm. 46 zu § 117, II, 241.

[2] Außerdem Schmidt, Lehrbuch des Preußischen Prozesses, S. 29.

[3] Über die Bedeutung dieses Wortes vgl. oben S. 67.

[4] Förster-Eccius, IV, S. 278.

[5] Ramdohr, a. a. O. RG. 28, 227, Striethorst 26, 78.

Indessen ist folgendes zu bedenken: Sollte sich auf Grund der Bestimmungen des ALR. mit Sicherheit (nicht nur mit Wahrscheinlichkeit) ergeben, daß die Fideikommißklage lediglich in einem Prozeß geltend gemacht werden kann, so ist bei einem derartigen Widerspruch zwischen Gerichtsordnung und Landrecht jedenfalls dem letzteren der Vorzug zu geben. Nicht nur deswegen, weil in dem Zivilgesetzbuche die Frage speziell geregelt ist, sondern vor allem darum, weil die Gerichtsordnung das ältere Gesetz ist. Hierbei kommt es nicht darauf an, ob das Landrecht bereits vorher in seinen wesentlichen Grundzügen verfaßt worden war, sondern nur auf das Datum der Gesetzeskraft. Was das anbetrifft, so ist aber das ALR. erst später zur Herrschaft gelangt (6. Juli 1793 gegenüber dem 1. Juni 1794). Es muß also ohne Zweifel der Grundsatz gelten: lex posterior derogat legi priori.

Sind aber wirklich nach ALR. der Fideikommißbesitzer und die Familie nur gemeinschaftlich zur Klage aktiv und passiv legitimiert? Ich möchte die Frage mit Förster-Eccius bejahen, und zwar aus folgenden Gründen:

I. Für die Notwendigkeit gemeinsamer Verhandlungen spricht zunächst der Wortlaut des § 118, II, 4, nach dem der Besitzer die beiden nächsten Anwärter „zuziehen" muß, und nicht am wenigsten die Verweisung auf § 87, II, 4. Denn auch hier müssen der Besitzer und die beiden nächsten Anwärter unter gleichzeitiger Beteiligung bei Regulierung des notwendigen Darlehens mitwirken.

II. § 119 erwähnt nur einen Prozeß, durch dessen Entscheidung die ganze Familie und jeder künftige Fideikommiß-Besitzer gebunden ist. Daß die Familie auch zwei gleichlautende Urteile, die in zwei verschiedenen Prozessen ergangen sind, gegen sich gelten lassen muß, davon wird in § 119 nichts gesagt. Man spricht soviel und aus guten Gründen von der Kasuistik des ALR., mußte da nicht das Gesetz im vorliegenden Falle hervorheben, daß die Anwärter auch dann gebunden sind, wenn zwei Verhandlungen mit dem gleichen Ergebnis geendet haben?

III. § 120 lautet: „Alle Prozeß- und anderen Gerichtskosten ist der Fideikommißbesitzer aus den Einkünften zu zahlen verbunden.“ M. E. hat diese Bestimmung überhaupt nur dann einen Sinn, wenn Ober- und Untereigentümer stets gemeinsam prozessieren müssen.

Wäre das nicht erforderlich, so würde § 120 etwas Selbstverständliches aussprechen, wenn nur die gerichtlichen Verhandlungen des Fideikommißbesitzers gemeint sind. Geradezu unverständlich würde aber der Inhalt der genannten Vorschrift sein, insofern die Familie in Frage kommt. Denn wenn diese selbständig aktiv oder passiv legitimiert wäre, so könnte sie auch nach eigenem Gutdünken sich über die Opportunität eines Prozesses entscheiden und müßte daher auch allein für die Kosten verantwortlich zu machen sein, wenn der geführte Prozeß zu ihren Ungunsten verlaufen ist. Angenommen, der Fideikommißbesitzer wäre bereits zu einer Leistung rechtskräftig verurteilt, die Familie aber noch nicht zu der entsprechenden Einwilligung. Nunmehr erhebt der Gläubiger auch gegen die nächsten Anwärter Klage. Soll jetzt, wenn diese den berechtigten Anspruch nicht anerkennen, sondern den Prozeß im Namen der Familie führen, der Besitzer nach § 120 zur Tragung aller Kosten verpflichtet sein? Das wäre wirklich eine kaum glaubliche Zumutung des Gesetzes.

IV. Auch § 121 kann zum Beweise der Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht herangezogen werden. Denn hier wird von der Verpflichtung des Fideikommißbesitzers gesprochen, auf Verlangen der Familie einen Prozeß fortzusetzen. Wozu sollen aber die Anwärter einen derartigen Zwang auszuüben berechtigt sein, wenn sie ihrerseits selbständig legitimiert sind? Ein Zweifel, der sich darauf gründete, daß das Gesetz lediglich Aktivprozesse im Auge hat, wäre nicht angebracht, denn es würde nicht folgerichtig sein, wenn die Familie zwar passiv, nicht aber aktiv selbständig legitimiert wäre. Im übrigen hätte eine derartige Beschränkung auch ausdrücklich hervorgehoben werden müssen, was tatsächlich nicht geschehen ist.

V. und letztens liefert eine Gegenüberstellung der einschlägigen Bestimmungen von Teil I Titel 18 und Teil II Titel 4 m. E. einen überzeugenden Beweis für die hier zugrunde gelegte Auffassung.

§ 258, I, 18 ordnet an: „Prozesse des Vasallen und die darin ergangenen Entscheidungen oder getroffenen Vergleiche sind, soweit sie zum Nachteile des Lehens oder des Lehnsherrn gereichen, für letzteren unverbindlich, wenn derselbe dabei nicht zugezogen worden."

Andererseits schreibt § 118, II, 4 vor: „Er (der Fideikommißbesitzer) muß aber im Fortgange des Prozesses die nächsten Anwärter zuziehen oder Vollmacht von selbigen beibringen."

Welch ein Gegensatz tritt hier zwischen den beiden Vorschriften zu Tage! Im Lehnrechte wird von Prozessen des Vasallen gesprochen und damit klar gestellt, daß dieser allein aktiv und passiv legitimiert ist; nur wirken die von ihm oder gegen ihn erstrittenen Entscheidungen nicht auch gegen den Lehnsherrn. Wünschte das Landrecht bei Fideikommissen dasselbe Ergebnis, so mußte es dies auch in ähnlicher Weise aussprechen. Die Fassung von § 118 hätte dann wohl die folgende sein müssen: „Wenn jedoch der Fideikommißbesitzer im Fortgange des Prozesses die beiden nächsten Anwärter zuzieht, so wirkt das ergehende Urteil nicht gegen die Familie." Tatsächlich wird aber, ohne daß auf die Folgen einer Nichtbeteiligung eingegangen würde, einfach betont, daß der Besitzer die Anwärter zuziehen muß, und daß dann das ergehende Urteil für und wider alle Rechtskraft besitzt[1]).

---

[1]) Sehr beachtenswert scheint mir auch ein Vergleich zwischen Lehn- und Fideikommiß-Verfügungen auf der einen und Lehn- bzw. Fideikommiß-Prozessen auf der andern Seite zu sein.

Eigenmächtige Verfügungen des Besitzers über das Lehen sind, wie wir später sehen werden, gültig, nur wirken sie in keiner Weise gegen den nichtkonsentierenden Obereigentümer. Dem entspricht es vollkommen, wenn das ALR. den Lehnbesitzer auch zu Prozessen für selbständig legitimiert erklärt, mit der Maßgabe, daß

Alle diese Gründe machen es unzweifelhaft, daß das ALR. bei Fideikommissen grundsätzlich nur eine gerichtliche Verhandlung unter Beteiligung des Besitzers und der beiden nächsten Anwärter kennt. Hieraus aber folgt im Einklange mit den Ausführungen auf S. 65, daß nach geltendem Rechte Ober- und Untereigentümer überhaupt nur gemeinschaftlich zur Prozeßführung legitimiert sind.

Der aus gewichtigen Gründen entspringende Wille des einen Teiles, einen Prozeß zu führen, darf nicht durch die Ablehnung des Beitritts seitens des anderen Teiles zunichte gemacht werden. Darum hat jede der Parteien das Recht, von der anderen zu verlangen, daß sie mit ihr zusammen Klage erhebe. Hinsichtlich der beiden Anwärter wird diese Verpflichtung in dem bereits mehrfach erwähnten § 118 ausgesprochen; daß aber auch umgekehrt die Familie den Besitzer zur Klageerhebung zwingen kann, erhellt mit Rücksicht auf die Anordnung des § 121. Allerdings ist hier nur von der Fortsetzung einer Verhandlung die Rede, aber die ganze Vorschrift ist so gehalten, daß die Verpflichtung des Besitzers zur weiteren Beteiligung des Prozesses nur als Anwendungsfall eines allgemeinen Grundsatzes erscheint [1]). Dieser Grundsatz ist offenbar die Befugnis der Anwärter, den Untereigentümer zur gerichtlichen Geltendmachung eines Anspruches gegenüber Dritten zu zwingen.[2]). Im

das ergehende Urteil nicht gegen den Lehnsherrn wirksam ist, wenn derselbe zur Verhandlung nicht zugezogen war.

Anders liegt die Sache dagegen im FKRecht. Ebenso wie hier der Untereigentümer ohne Betragen der Anwärter überhaupt nicht verfügen kann, dergestalt, daß eine trotzdem stattfindende Disposition ohne Einschränkung nichtig ist, so kann m. E. der Besitzer auch nicht selbständig einen Prozeß führen, derart, daß die trotzdem erhobene Klage mangels Aktiv- bzw. Passiv-Legitimation abzuweisen ist.

[1]) Vgl. den Anfang von § 121: Ist aber der Besitzer wider seinen Willen auf Verlangen der Anwärter einen Prozeß fortzusetzen genötigt worden . . .“

[2]) Zweifelhaft Striethorst, Bd. 93, S. 244; bei Fortsetzung eines Prozesses kommt heute die Bestimmung des § 62 ZPO. in Anwendung. Vgl. unten.

übrigen ist zu bedenken, daß es keinen Sinn hätte, wenn das Gesetz der Familie eine derartige Berechtigung nur bei Fortsetzung, nicht auch bei Beginn von Prozessen zuerkennen würde.

Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich ohne weiteres, welcher Art nach heutigem Rechte das prozessuale Verhältnis des Besitzers und der Familie ist. Da nämlich, wie wir oben gesehen haben, die Klage des einzelnen Mitberechtigten oder gegen den einzelnen Mitverpflichteten mangels Sachlegitimation als unbegründet abzuweisen ist, so liegt die zweite Alternative des § 62 ZPO., der „sonstige Grund einer notwendigen Streitgenossenschaft“ vor[1]). Anwendung finden demnach alle diesbezüglichen Bestimmungen der ZPO., vor allem aber die Vorschrift, daß die säumigen Streitgenossen durch die Nichtsäumigen als vertreten anzusehen sind. Haben also sowohl der Fideikommißbesitzer, als auch die beiden Anwärter zu prozessieren angefangen[2]), so gilt der eine Teil stets als Vertreter des anderen.

Die §§ 117—121 haben lediglich Prozesse „über die Substanz“ und nur solche gegenüber dritten Personen im Sinne; einfache Revenuen-Hypotheken scheiden daher aus, weil hier die Familie am Prozeß des Besitzers überhaupt nicht rechtlich interessiert ist. Außerdem bleibt die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß der Untereigentümer gegen die Familie und die Familie gegen den Untereigentümer[3]) gerichtlich vorgehen können. Dies kann insbesondere auch dann in Betracht kommen, wenn der eine Teil der Aufforderung des anderen Teiles zur gemeinsamen Klageerhebung gegen einen Dritten nicht Folge leistet. Ebenso gelangen die oben genannten Paragraphen betreffend die gemeinsame Prozeßführung nicht zur Anwendung, wenn der Besitzer widerrechtlich eine Verfügung über Fideikommißvermögen getroffen hat. Denn in diesem Falle ist er zur Klageerhebung gar

[1]) Gaupp-Stein, § 62, II, S. 184.

[2]) Wegen § 118, II, 4 ist es ungenügend, wenn die Familie bisher noch nicht durch die beiden Anwärter, sondern nur durch den Besitzer auf Grund vermuteter Vollmacht vertreten war.

[3]) Vgl. Ramdohr, S. 520.

nicht[1]) legitimiert, so daß die Bestimmungen über die notwendige Streitgenossenschaft hier außer Betracht bleiben müssen. Die beiden nächsten Anwärter als Vertreter der Familie sind demnach befugt, einen derartigen Anspruch allein ohne Zuziehung des Untereigentümers gerichtlich geltend zu machen.

3. Die Frage des Eintritts des Fideikommißfolgers in einen Prozeß ist außerordentlich umstritten. Das Reichsgericht[2]), Wilmowski-Levy[3]) und Gaupp-Stein[4]) sind der Meinung, daß der Nachfolger auf Grund des § 239 der ZPO. stets den Prozeß seines Vorgängers fortzuführen hat. Dagegen behaupten andere Schriftsteller, vor allem Kiehl[5]), das kontrare Gegenteil.

Die Polemik des letzteren gegen die zuerst genannte Ansicht ist jedenfalls insofern berechtigt, als man nicht mit Gaupp-Stein behaupten kann, daß der Fideikommißfolger auf Grund des § 239 in den Prozeß des Vorbesitzers einzutreten verpflichtet ist. Denn § 239 spricht von Rechtsnachfolgern, der Fideikommißsukzessor ist aber nicht Rechtsnachfolger des Vorbesitzers, sondern er sukzediert ex pacto et providentia majorum. Wenn das Reichsgericht dagegen ausführt, daß aus diesem Grundsatze nicht die äußersten Konsequenzen gezogen werden dürfen, so hat dieser Einwand keine Bedeutung; und wenn Wilmowski-Levy bei § 239 lediglich die Tatsache für relevant erklären, daß jemand durch den Tod einer Partei in das streitige Recht oder in die in Rede stehende Verpflichtung eintritt, so ist dem entgegenzuhalten, daß es hierauf gar nicht ankommt, da die subjektiven Beziehungen des Prozesses, wie aus § 265 ZPO.

[1]) Das beruht aber nicht auf einem angeblichen Verlust des Untereigentums, sondern darauf, daß der Besitzer aus dem zugrunde liegenden obligatorischen Rechtsgeschäft verpflichtet bleibt. Vgl. auch für das gem. Recht Lewis, S. 241 und die dort angegebene Literatur.

[2]) 26, 141; 34, 430 ff.

[3]) Anm. 3 zu § 217, S. 348.

[4]) Bd. I, § 239, II, S. 515.

[5]) In der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, Bd. 30, S. 325 ff.

hervorgeht, etwas ganz anderes sind als die des Streitgegenstandes[1]).

Vor allem muß nochmals betont werden, daß der Fideikommißbesitzer zwar inhaltlich die gleiche Stellung wie sein Vorgänger überkommt, daß er sie aber nicht von seinem Vorgänger, sondern von dem Stifter herleitet[2]). Endlich ist zu bedenken, daß § 239 nur vom Tode einer Partei spricht, daß aber der Nachfolgefall auch aus anderen Gründen als wegen des Todes des Vorbesitzers, z. B. infolge von Verzicht, eintreten kann[3]). In dieser Beziehung versagt aber § 239 vollständig.

Wenn es also keine sonstige Gesetzesbestimmung gibt, die den Eintritt des Fideikommißsukzessors in den Prozeß seines Vorgängers rechtfertigen könnte, so muß in der Tat die Aufnahme des gerichtlichen Verfahrens durch den Nachfolger in allen Fällen ausgeschlossen sein.

Hier nun müssen wir uns von Kiehls Abhandlung trennen und einen anderen Weg einschlagen.

§ 242 der ZPO. lautet: „Tritt während des Rechtsstreites zwischen einem Vorerben und einem Dritten über einen der Nacherbfolge unterliegenden Gegenstand der Fall der Nacherbfolge ein, so finden, sofern der Vorerbe befugt war, ohne Zustimmung des Nacherben über den Gegenstand zu verfügen, hinsichtlich der Unterbrechung und der Aufnahme des Verfahrens die Vorschriften des § 239 entsprechende Anwendung."

Diese Bestimmung der ZPO. muß m. E. im Wege der Analogie auf das Fideikommißrecht angewandt werden[4]). Ich sehe durchaus kein Hindernis für eine derartige Anwendung, denn daß das Gesetz sie nicht gewollt habe, weil es sie nicht ausgesprochen hat, kann niemand behaupten, da die privatrechtlichen Normen[5]) über Fideikommisse nicht reichsgesetzlich, also auch nicht in der ZPO. geregelt worden sind.

---

[1]) Frank, in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, Bd. 13, Seite 221.

[2]) Kiehl, a. a. O. S. 326.

[3]) Frank, a. a. O. S. 327.

[4]) Ebenso Ramdohr, S. 464.

[5]) Daß zu diesen auch die Frage betr. die Notwendigkeit des

Im übrigen ist hervorzuheben, daß auch der Nacherbe nicht Rechtsnachfolger des Vorerben ist, ebensowenig wie der Fideikommißbesitzer als Sukzessor des bisherigen Besitzers angesehen werden kann. Trotzdem hat die ZPO., offenbar aus Zweckmäßigkeitsrücksichten, für den Nacherben die Verpflichtung zum Eintritt in den Prozeß des Vorgängers statuiert, „wenn der Vorerbe befugt war, ohne Zustimmung des Nacherben über den Streitgegenstand zu verfügen". Gemäß der unzweifelhaften ratio legis kann man statt dessen den Bedingungssatz auch folgendermaßen formulieren: „Wenn das im Prozeß gegenüber dem Vorerben ergangene Urteil für und gegen den Nacherben wirksam gewesen sein würde." (Vgl. § 326, 2 ZPO.)

Unter ganz entsprechenden Voraussetzungen, d. h. wenn das ergehende Urteil auch für und gegen die Familie wirksam ist, werden wir nun den Fideikommißfolger für befugt und schuldig erachten müssen, die gerichtliche Verhandlung seines Vorgängers weiter zu führen. Auszuscheiden sind dabei natürlich alle diejenigen Fälle, in denen ein Anspruch nur gegen einen bestimmten Fideikommißbesitzer gerichtet ist oder nur von einem bestimmten Besitzer als solchem geltend gemacht wird. In Betracht kommen daher nicht Ansprüche aus nichteigentlichen Revenuen-Hypotheken. Prozesse, die hierüber geführt werden, sind mit dem Abschluß der Besitzzeit des derzeitigen Besitzers als Fideikommißprozesse materiell erledigt; der Nachfolger kann also nicht in sie eintreten. In allen anderen Fällen muß er dies aber tun, denn bei allen Prozessen über eigentliche Revenuen-Hypotheken wirkt das ergehende Urteil für und gegen die Familie.

Das Ergebnis, zu dem wir kommen, ist teilweise ein anderes als dasjenige Ramdohrs. Dieser, der keine notwendige Streitgenossenschaft des Ober- und Untereigentümers anerkennt, hat

Eintritts eines FKFolgers in den Prozeß gehört, ist mit Rücksicht auf den § 267 Satz 1 nicht zu bezweifeln. Motive zum Entwurf eines EGB. S. 126. Andererseits steht der analogen Anwendung der Vorschriften des Reichsrechts nichts im Wege, wenn landesgesetzliche Bestimmungen zwar unberührt bleiben sollen, aber in irgendeiner Hinsicht tatsächlich gar nicht vorhanden sind.

zwar prinzipiell den Nachfolger in den eigentlichen Fideikommißprozeß nur dann eintreten, wenn die Familie verurteilt ist; er macht aber eine bedeutsame Ausnahme in dem Falle, daß der Gegner wenigstens schon Klage gegen die Gesamtheit der Anwärter erhoben hat. Hier soll man „die Angelegenheit so behandeln, als wenn die Familie bereits verurteilt wäre". Nur eine solche Annahme, heißt es dann weiter, führe zu einem praktisch brauchbaren Resultat. Das letztere ist vom Standpunkte des genannten Autors aus richtig. Nichtsdestoweniger ist die von ihm aufgestellte Fiktion von der Verurteilung der Familie durchaus willkürlich, denn die im gesonderten Prozesse gegen den Besitzer ergehende Entscheidung kann gegen die Obereigentümerin nur wirksam sein, wenn diese schon verurteilt, nicht auch, wenn erst Klage gegen sie erhoben ist; und nur wenn die Entscheidung auch gegen die Familie wirksam ist, kann der Nachfolger zum Eintritt in den Prozeß gezwungen werden.

Wieviel einfacher gestalten sich da die Verhältnisse bei Zugrundelegung des Prinzips der notwendigen Streitgenossenschaft! Hier kann es nur ein einziges Urteil geben, und dieses Urteil ergeht zugleich für und gegen alle Interessenten. Es besitzt ihnen allen gegenüber Rechtskraft, und deswegen muß der Sukzessor das Verfahren grundsätzlich immer aufnehmen. Es leuchtet wohl ein, daß man mit diesem Ergebnis jedem praktischen Bedürfnis gerecht wird, ohne doch unerwiesene und nach dem geltenden Recht unhaltbare Theorien aufzustellen.

Abgesehen von den bereits genannten §§ 239, 1—4 und 242 findet noch § 246 ZPO. Anwendung.

§ 240 ist insofern auch bei der Revenuen-Hypothek von Bedeutung, als der Konkurs des Fideikommisses in der Tat eine Unterbrechung des Verfahrens herbeiführt, nicht aber der Allodialkonkurs, da dieser den Fideikommißbesitzer als solchen nicht berührt.

Es kann nun vorkommen, daß infolge des Besitzwechsels einer der Anwärter, die als Vertreter der Familie bisher den Prozeß geführt haben, ihn als solcher nicht weiter zu führen vermag, weil er selbst Besitzer geworden ist. Hier hat an seine

Stelle der nächstberechtigte Anwärter zu treten. Es fragt sich aber, wie zu verfahren ist, wenn dieser vom Gläubiger nicht ausfindig gemacht und ihm daher die notwendige Ladung nicht zugestellt werden kann[1]). Man muß auch in einem solchen Falle annehmen, daß es Pflicht des Fideikommißbesitzers d. h. des neuerdings gewordenen Besitzers ist, den fehlenden Anwärter zuzuziehen, ebenso wie auf der anderen Seite die Fideikommißbehörde von ihrem Aufsichtsrecht zur Unterstützung des Gläubigers Gebrauch zu machen hat[2]).

4. Die Wirkung des rechtskräftigen Urteils. Das Urteil, das auf die Klage aus einer nichteigentlichen Revenuen-Hypothek ergeht, übt seine Wirkung nicht auch gegenüber der Familie aus, da dieselbe, wie wir bereits gesehen haben, an einem derartigen Prozesse überhaupt nicht rechtlich interessiert ist. Dagegen ist, wie schon betont wurde, die allgemein-gültige Rechtskraft eines Urteils betreffend eine Revenuen Fideikommiß-Hypothek in allen Fällen zu bejahen, weil die Entscheidung stets im gemeinsamen Prozeß des Ober- und Untereigentümers ergeht. Auch in dieser Beziehung müssen allerdings diejenigen, welche eine notwendige Streitgenossenschaft nicht für gegeben erachten, ein viel komplizierteres Rechtssystem aufbauen[3]). Nur, wenn man sich der hier vertretenen Ansicht anschließt, daß Besitzer und Familie prinzipiell nicht anders als gemeinschaftlich aktiv und passiv legitimiert sind, gelangt man zu dem oben ausgeführten höchst einfachen Endergebnis.

[1]) Vgl. oben; der Fall kommt übrigens nur dann in Betracht, wenn der Name des betreffenden Agnaten nicht im Grundbuch verzeichnet steht.

[2]) Auch hier macht sich der Fideikommißbesitzer durch Säumnis bei Zuziehung des fehlenden Anwärters haftbar.

[3]) Vgl. Ramdohr. S. 470, 471. Im übrigen vergegenwärtige man sich nur folgende vier Möglichkeiten:

I. Verurteilung des Besitzers und der Familie,
II. Abweisung der Klage gegenüber beiden,
III. Verurteilung lediglich des Besitzers,
IV. Verurteilung lediglich der Familie.

III. Kapitel.

§ 9. Zwangsvollstreckung.

1. Unter welchen Voraussetzungen die Zwangsvollstreckung aus einem revenuen-hypothekarischen Anspruch betrieben werden kann, ergibt sich aus den Bestimmungen der Zivilprozeßordnung in Verbindung mit den früheren Ausführungen. Hiernach ist offenbar, daß zur Zwangsvollstreckung auf Grund eines nichteigentlichen revenuen-hypothekarischen Anspruchs ein gegen den Fideikommißbesitzer allein gerichteter Schuldtitel genügt. Ebenso ist es nicht zweifelhaft, daß im Falle einer vollkommenen Revenuen-Hypothek zwei Schuldtitel, einer gegen den Besitzer und einer gegen die Obereigentümerin, erforderlich sind.

Damit diesem Erfordernis stets genügt wird, ist es nun notwendig, daß das ergehende Urteil unzweifelhaft klarstellt, inwiefern der Fideikommißbesitzer zur Zahlung aus dem Grundstück verurteilt werde. Insbesondere muß aus dem Tenor hervorgehen, ob der Beklagte unter Beschränkung auf die Einkünfte des Grundstücks überhaupt leisten muß oder unter der noch weitergehenden Beschränkung auf die Einkünfte seiner Besitzzeit. Im Falle der Revenuen-Fideikommiß-Hypothek hat naturgemäß das Urteil auf Zahlung mit der zuerst genannten Modifizierung zu lauten. Im Falle der einfachen Revenuen-Hypothek kommt nur die letzgenannte in Betracht.

2. Gegenstand der Zwangsvollstreckung ist, wie wiederholt hervorgehoben, das Grundstück selbst. Da aber als Befriedigungsmittel die Zwangsversteigerung nicht zulässig ist, so trifft die Vollstreckung als Zwangsverwaltung stets nur die Einkünfte, nicht die Substanz des Fideikommisses.

Unstatthaft ist ferner die Eintragung einer Sicherungshypothek als Mittel zur Befriedigung des Revenuengläubigers. Der Grund liegt erstens in dem Wesen der Revenuen-Hypothek; zweitens bestimmt der § 108, II, 4: „Der Gläubiger kann sich nur an die Einkünfte durch den Weg der gerichtlichen Sequestration halten.“

3. Tritt der Nachfolgefall nach Erlaß des Urteils, aber vor Beginn der Zwangsvollstreckung ein, so haben die §§ 727, 730—732, 768 bei der eigentlichen Revenuen-Hypothek entsprechende Anwendung zu finden[1]). Die einfache Revenuen-Hypothek gestattet die analoge Heranziehung der angegebenen Bestimmungen nicht, und zwar auch dann nicht, wenn der Fall des § 226, II, 4 vorliegt.

4. Wechselt der Besitz des Fideikommisses erst nach Beginn der Zwangsvollstreckung, so wird diese, wenn die zu 3 erwähnten Voraussetzungen gegeben sind, in das Fideikommißvermögen fortgesetzt, und zwar geschieht dies unter Anwendung der ZPO. § 779, 1.[2]).

5. Von den sonstigen allgemeinen Bestimmungen der Zivilprozeßordnung über die Zwangsvollstreckung ist zu sagen, daß sie bei der Revenuen-Hypothek im allgemeinen entsprechend anzuwenden sind. Es würde zu weit führen und nicht zweckentsprechend sein, wollte ich die Bestimmungen der Reihe nach durchgehen und sie auf ihre Bedeutung für die beschränkte Hypothek prüfen. Dort, wo Zweifel über die Art und Weise der Anwendbarkeit bestehen können, sind die betreffenden Anordnungen bereits einer kurzen Erörterung gewidmet worden; im übrigen vergleiche man auch die weiter unten folgenden Bemerkungen auf S. 81 und 82.

6. Besonderheiten des Verteilungsverfahrens. Ebenso wie nach den Bemerkungen unter Nr. 5 die allgemeinen Bestimmungen der Zivilprozeßordnung über die Zwangsvollstreckung für das vorliegende Thema Bedeutung haben, so sind auch die Vorschriften des Zwangsversteigerungsgesetzes vom 27. März 1897 bei der Zwangsvollstreckung aus der Revenuen-Hypothek anzuwenden, es sei denn, daß die rechtliche Sonder-

[1]) Die Anwendung der genannten Gesetzesvorschrift ist deswegen gerechtfertigt, weil das gegen den Vorbesitzer ergangene Urteil auch gegen den Fideikommißfolger wirkt, ebenso wie im Falle des § 728 ZPO. das gegen den Vorerben erstrittene Urteil auch gegen den Nacherben wirksam ist. Zustimmend Ramdohr, S. 474, vgl. auch § 80 des vorläufigen Entwurfs.

[2]) Ebenso Ramdohr, S. 475, 476.

gestaltung derselben selbstverständliche Ausnahmen erheischt. Im folgenden werden wir daher lediglich die Besonderheiten des Verteilungsverfahrens einer näheren Betrachtung würdigen.

Der Grundsatz des Allgemeinen Landrechts, daß der Gläubiger bei Revenuen-Hypotheken sich nur „an die Einkünfte durch den Weg der gerichtlichen Sequestration halten kann" (ALR. § 109), läßt sich in der Praxis dann ohne Schwierigkeit befolgen, wenn das betreffende Grundstück nur mit Revenuen-Hypotheken belastet ist. Hier geht die ältere Schuld der jüngeren vor. Im übrigen findet das Verfahren so lange statt, bis der betreibende Gläubiger befriedigt ist oder (weil nur eine einfache Revenuen-Hypothek begründet wurde) seine Befriedigung nicht bis zu Ende durchsetzen kann. Auch in dem Falle, daß eine Substanzhypothek Vorrang vor einer Revenuen-Hypothek hat, ist die Entscheidung nicht schwer zu treffen. Hier kann die eingeleitete Zwangsverwaltung dem betreibenden Revenuen-Hypotheken-Gläubiger erst dann zu statten kommen, wenn der vorberechtigte Substanzgläubiger mit seiner Zinsforderung befriedigt ist [1] [2].

---

[1]) Das gleiche gilt, wenn die Zwangsvollstreckung nicht vom Revenuengläubiger betrieben wird, nur kommt der Kapitalanspruch desselben dann überhaupt nicht zur Tilgung (§ 155 Abs. 2), während andererseits sein Anspruch auf wiederkehrende Leistungen stets vor dem Anspruche des betreibenden Substanzgläubigers zu befriedigen ist. Krech-Fischer Anm. 3 zu § 155 S. 186.

[2]) Unrichtig Ramdohr, der S. 446 folgendes ausführt: „Ein Substanzgläubiger kann niemals seine Befriedigung in der Weise suchen, daß er allein die Einkünfte durch den Weg der gerichtlichen Sequestration (§ 109, II, 4 ALR.) für sich in Anspruch nimmt. Sondern die Zwangsverwaltung darf bestenfalls neben der Exekution durch gerichtlichen Verkauf (§ 110, II, 4) hergehen." In Wahrheit sind aber die von dem genannten Autor angezogenen Gesetzesbestimmungen kein Beleg für seine Ansicht; sie beweisen vielmehr das Gegenteil. Wenn § 110 im Anschluß an § 109 sagt, daß der Gläubiger wegen Substanzschulden in Verfolg der Exekution auch auf den gerichtlichen Verkauf des Gutes antragen kann, so geht daraus doch unverkennbar hervor, daß er auf diesen Antrag nicht beschränkt ist, sondern daß er auch die Zwangsverwaltung zu verlangen berechtigt ist.

Die Konsequenz der entgegengesetzten Auffassung Ramdohrs

Eine Erschwerung des Verteilungsverfahrens tritt dagegen dann in Erscheinung, wenn auf die Revenuen-Hypothek eine Substanzhypothek im Range nachfolgt. Ein Beispiel möge dies erläutern: Zugunsten des Gläubigers A ist ein bisher pfandfreies Fideikommißgrundstück mit einer eigentlichen Revenuen-Hypothek in Höhe von 200000 Mark belastet worden. Kurze Zeit darauf wird durch Familienschluß, der dadurch erleichtert wird, daß nur ein einziger Anwärter lebt, die Aufnahme eines Darlehns von 400000 Mark unter gleichzeitiger unbeschränkter hypothekarischer Verpfändung des Grundstücks beschlossen. Die Rückzahlung dieses Darlehns gerät ins Stocken, und der zweite Gläubiger B beantragt die Zwangsversteigerung. Der Erlös beträgt nicht mehr als 400000 Mark. — Soll jetzt der Revenuen-Hypotheken-Gläubiger leer ausgehen, obwohl er zur Zeit der Bestellung seiner Hypothek dieselbe für eine durchaus sichere Kapitalsanlage hielt und halten mußte? Nach geltendem Rechte kann tatsächlich nicht anders entschieden werden. Nur der Substanzgläubiger kann kraft positiver Gesetzesvorschrift die Zwangsversteigerung beantragen, und nur er hat Anspruch auf Befriedigung aus dem gewonnenen Erlös (§§ 108. 109. II. 4). Was aber von dem Kaufgelde übrig bleibt, fließt nicht in die Hände der Revenuen-Hypotheken-Gläubiger[1]), sondern muß zum Fideikommiß angelegt werden. Der Ausweg, daß der betreibende und nachfolgende Substanzgläubiger nur so viel erhält, als nach Abzug der vorhergehenden Revenuenbelastungen, die aber nicht

ist, daß er Substanzgläubiger an dem Ertrag überhaupt nicht partizipieren läßt, oder wenigstens erst in letzter Linie, und zwar selbst dann, wenn dieselben Vorrang vor den Revenuen-Hypotheken haben.

Mit der Voraussetzung fällt auch die Schlußfolgerung, d. h. Substanzgläubiger werden auch in der Zwangsverwaltung, die von ihnen nicht betrieben wird, ihrem Rang nach befriedigt; derselben Ansicht Förster-Eccius IV, S. 277, Anm. 72. Vgl. aber Art. 13 des preuß. Ausführungsgesetzes und Anm. 1 auf S. 80.

[1]) Allerdings haben diese in solchem Falle an den Einkünften des Überschusses dieselben Rechte wie vorher an den Einkünften des Grundstücks selbst (ebenso Dernburg, Pr. Hyp. R. S. 168): aus dem Kapital können sie jedoch niemals Befriedigung beanspruchen (a. M. Dernburg a. a. O.).

getilgt werden dürfen, übrig bleibt, und daß die restierende Summe zum Fideikommiß angelegt werde — zum besten der noch unbefriedigten Revenuengläubiger — ließe sich vielleicht de lege ferenda empfehlen, de lege lata ist er unmöglich.

Übrigens dürfte sich der Gläubiger, der den besprochenen Ausfall erlitten hat, regelmäßig an das Allodialvermögen des Besitzers, eventuell auch an das der zustimmenden Anwärter halten können: § 826 BGB. würde ihm wohl meistens eine wirksame Handhabe hierzu bieten.

Eine besondere landesgesetzliche Vorschrift gibt der bereits erwähnte Art. 13 des preußischen Ausführungsgesetzes. Derselbe bestimmt, daß bei einer Verteilung im Zwangsverwaltungsverfahren, bei welcher eine Revenuen-Hypothek zu berücksichtigen ist, in den Teilungsplan der ganze Betrag dieses Anspruchs aufgenommen werden muß. Es ist dies also eine Ausnahme von § 155 Abs. 2 des Zwangsversteigerungsgesetzes, der verfügt, daß u. a. der Anspruch aus einem eingetragenen Rechte, also auch von Revenuen-Hypotheken, nur insoweit zur Verteilung gelangen soll, als wiederkehrende Leistungen zu befriedigen sind. Der Hauptanspruch ist hier nur dann zu tilgen, wenn der Gläubiger die Zwangsverwaltung betreibt.

Die Bedeutung des Art. 13 besteht nun darin, daß der Hauptanspruch aus einer Revenuen-Hypothek stets, nicht nur, wenn seinetwegen das Verfahren betrieben wird, berücksichtigt werden muß, und daß die Befriedigung nicht nur wegen der wiederkehrenden Leistungen, sondern auch wegen des Kapitals in der vierten Klasse[1]) (§ 10) zu erfolgen hat. Nur ältere als zweijährige Zinsrückstände kommen überhaupt nicht in Ansatz, es sei denn, daß das Verfahren ihretwegen oder auch ihretwegen betrieben wird, in welchen Fällen sie in der fünften Klasse, also erst nach vollständiger Deckung aller Revenuen-Hypotheken zur Hebung gelangen[2]).

Nach Jaeckel[3]) soll von diesen Grundsätzen dann eine Aus-

---

[1]) Jaeckel. Anm. 2a zu Art. 13 S. 717.

[2]) Fischer-Schaefer, Anm. 2 zu Art. 13, S. 626.

[3]) a. a. O. 2a S. 717.

nahme gemacht werden, wenn die Revenuen-Hypothek dem betreibenden Gläubiger im Range nachsteht. Hier sind nach ihm nur die laufenden Zinsen der Revenuen-Hypothek gemäß § 155 Abs. 2 anzusetzen, im übrigen aber soll die Berücksichtigung der Revenuen-Hypothek durch den betreibenden Gläubiger ausgeschlossen sein. Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden, weil sie sich aus dem Gesetz in keiner Weise begründen läßt. Art. 13 spricht von Ansprüchen, aus denen nur die Zwangsverwaltung betrieben werden kann und bemerkt ganz allgemein, daß dieselben ihrem ganzen Betrage nach in den Teilungsplan aufzunehmen sind; für die erwähnte Unterscheidung Jaeckels ist daher im Gesetz kein Raum[1]).

IV. Kapitel.

§ 10. Die Rechte der Familie, bzw. der einzelnen Anwärter.

1, „Die Familie hat die Befugnis, im Prozeßwege diejenigen Ansprüche zu verfolgen, welche aus ihrem Miteigentum an der Proprietät sich ergeben (§ 1, I, 18)", bemerkt Ramdohr auf S. 464. Dies ist richtig[2]). Indessen muß man im Einklang mit den früher entwickelten Grundsätzen beachten, daß die Obereigentümerin zur Klageerhebung regelmäßig nur gemeinsam mit dem Fideikommißbesitzer legitimiert ist, daß sie aber andererseits gegen den letzteren zwecks Beteiligung am Prozesse einen Zwang ausüben kann. Auch davon wurde bereits gesprochen, daß die Familie ausnahmsweise selbständig einen Anspruch geltend zu machen befugt ist, wenn sie gegen den Untereigentümer oder

[1]) Ebenso Fischer-Schaefer a. a. O.: „Es kann der Fall eintreten, daß der Kapitalanspruch des Revenuengläubigers vor dem ihm vorhergehenden Kapitalanspruch eines gewöhnlichen Hypothekengläubigers befriedigt wird. Der gewöhnliche Hypothekengläubiger kann die daraus für ihn sich ergebende Beeinträchtigung dadurch vermeiden, daß er rechtzeitig die Zwangsversteigerung herbeiführt." Wie Jaeckel, jedoch auch Wolff, Anm. 2 zu Art. 13.

[2]) Andernfalls würden die die Erhaltung des Fideikommisses bezweckenden Vorschriften der Gesetze und Stiftungsverträge nur geringe praktische Bedeutung haben.

wegen unrechtmäßiger Verfügung des letzteren gegen einen Dritten gerichtlich vorgehen will.

Es liegt auf der Hand, daß eine Beeinträchtigung der Rechte des Obereigentümers auch bei der Revenuen-Hypothek vorkommen kann. So oft dies nun wirklich der Fall ist, sind in erster Linie die zu Beginn dieses Paragraphen hervorgehobenen allgemeinen Gesichtspunkte maßgebend[1]). Im einzelnen ist noch auf folgendes hinzuweisen:

§ 894 lautet: „Steht der Inhalt des Grundbuchs in Ansehung eines Rechtes an dem Grundstück, eines Rechtes an einem solchen Rechte oder einer Verfügungsbeschränkung der im § 892 Abs. 1 bezeichneten Art mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklange, so kann derjenige, dessen Recht nicht oder nicht richtig eingetragen oder durch die Eintragung einer nicht bestehenden Belastung oder Beschränkung beeinträchtigt ist, die Zustimmung zu der Berichtigung des Grundbuchs von demjenigen verlangen, dessen Recht durch die Berichtigung betroffen wird.

Wenn in dem Grundbuch eine eigentliche Revenuen-Hypothek eingetragen ist, die nicht oder nicht mehr existiert, so ist hiernach das Recht der Familie „durch die Eintragung einer nicht bestehenden Belastung oder Beschränkung" im Sinne von § 894 beeinträchtigt. Denn die Familie hat als Miteigentümerin an der Proprietät ohne Zweifel ein dingliches Recht am Fideikommißgrundstück. Aus demselben Grunde finden die §§ 895—898 und insbesondere § 899 wegen der eventl. Eintragung eines Widerspruchs ebenfalls Anwendung.

Auch hier ist jedoch zu bedenken, daß die Familie ihren Berichtigungsanspruch prinzipiell nur im Verein mit dem Besitzer geltend machen kann (vgl. oben S. 68 ff.).

Werden die Rechte der Obereigentümerin im Laufe der Zwangsverwaltung auf Grund einer Revennen-Hypothek[2]) verletzt, so hat die Familie alle diejenigen Befugnisse, die nach

[1]) Gesetzliche Vertreter der Familie, auch bei Prozessen gegen den Besitzer, sind stets die beiden nächsten Anwärter. Ebenso Ramdohr, S. 125.

[2]) Und zwar jeder Art.

der ZPO. einem „Dritten“ zustehen, welcher ein dingliches Recht am Gegenstand der Zwangsvollstreckung hat. Zur Anwendung gelangen also vor allem die §§ 771 und 772[1]).

Da nun bei der Vollstreckung aus einer Revenuen-Hypothek der Fideikommißbesitzer nicht als „Dritter“ in Betracht kommen kann, muß die Familie im Falle der §§ 771 und 772 allein zur Klage legitimiert sein. Der Besitzer selbst ist auf den Weg des § 766, d. h. auf die Erinnerung angewiesen.

2. Wesentlich beschränkter als das Recht der Familie sind die Rechte der einzelnen Anwärter. Dies ergibt sich aus § 79 in Verbindung mit § 78, II, 4, sowie aus den früheren Bemerkungen. Hiernach ist offenbar, daß der einzelne Anwärter bei unrechtmäßigen Veräußerungen und Belastungen Grundbuchsberichtigungs- und sonstige Ansprüche erst zur Durchführung bringen kann, wenn er zur Succession gelangt ist. Dies muß selbst dann gelten, wenn man das Recht auch des einzelnen Anwärters mit der herrschenden Meinung für ein dingliches hält. Fraglich kann nur erscheinen, ob nicht bei unfreiwilligen Veräußerungen dem Agnaten ein Widerspruchsrecht gemäß §§ 771 und 772 der ZPO. zusteht. Es dürfte zweifelhaft sein, wie § 79, Teil II, Titel 4 in dieser Beziehung aufzufassen ist. Berücksichtigt man aber, daß die Familie ihre Ansprüche auf die vorher genannten Paragraphen stützen kann, so wird man folgerichtig §§ 78 und 79 dahin auslegen dürfen, daß dem einzelnen Anwärter auch die Widerspruchsklage nicht gegeben ist[2]).

V. Kapitel.

§ 11. Die Beaufsichtigung der Fideikommißbehörde.

Um die Verwirklichung des Zweckes der Fideikommißstiftung im einzelnen nach Möglichkeit sicherzustellen, hat die Gesetzgebung dem Staate eine Oberaufsicht über das gesamte Fideikommißwesen übertragen. Es ist wohl zu beachten, daß das Ziel dieser Aufsicht nicht die Vertretung der Interessen des Staates, sondern vor allem die Wahrung der Interessen der

[1]) Ebenso Ramdohr, S. 472.

[2]) A. M. RG. 30, 398, hier wird aber das Interventionsrecht der Familie außer acht gelassen.

Familie als solcher[1]) ist. Die vornehmste Aufgabe des von der Gesetzgebung eingesetzten Aufsichtsorgans wird demnach sein — entsprechend dem oben erwähnten Rechte der Familie — dafür zu sorgen, daß das Fideikommißgrundstück in dem gesetz- und stiftungsmäßigen Umfange unversehrt bleibt. Durch das Gesetz vom 5. März 1855 ist diese Sorge, wie bereits bei früherer Gelegenheit erwähnt worden, dem Oberlandesgericht des Bezirks, in dem das Fideikommißvermögen gelegen ist, übertragen worden. Die zweite und letzte Instanz bei Beschwerden ist der Justizminister.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß die Tätigkeit der Fideikommißbehörde u. a. auch auf das Gebiet der Revenuen-Hypotheken sich erstrecken muß. Und zwar ist diese Tätigkeit in vieler Hinsicht derjenigen der Familie ähnlich, nur daß die Fideikommißbehörde niemals Klage erheben kann.

Ist also eine Revenuen-Fideikommiß-Hypothek ohne Zustimmung irgend eines Anwärters eingetragen worden, so muß der Fideikommißbehörde das Recht zuerkannt werden, das Grundbuchamt um die Eintragung eines Widerspruchs zu ersuchen; die Löschung ist deswegen nicht zulässig, weil auf Grund der früheren Ausführungen immerhin die Möglichkeit besteht, daß eine einfache Revenuen-Hypothek zur Entstehung gelangte[2]).

Daß die Fideikommißbehörde nicht zuletzt bei der Zwangsvollstreckung ihrer Aufsichtspflicht zu genügen hat, erhellt daraus, daß hier die Gefahr einer Verringerung, bzw. Verschlechterung der Substanz des Grundstücks und damit einer Schädigung der Familie besonders naheliegt. Tritt daher diese Gefahr infolge der Zwangsverwaltung des Grundstücks zutage, so muß die

[1]) Ramdohr, S. 237.

[2]) Im Prinzip zustimmend Ramdohr, S. 235, 238. „Man wird das Gericht für befugt erachten dürfen, wenigstens provisorische Schutzmaßregeln in Ausübung seines Aufsichtsrechts zu treffen.“ Das Ersuchen um Eintragung eines Widerspruchs ist übrigens unter Umständen auch dann angebracht, wenn eine Revenuen-Hypothek dem Besitzer und der Familie gemeinschaftlich zusteht, die Umschreibung auf dieselben aber noch nicht erfolgt ist.

Behörde einschreiten und an das Grundbuchamt ein der Sachlage entsprechendes Ersuchen richten. Insonderheit wird sie dahin zu wirken haben, daß ein Verwalter, der sein Amt nicht ordnungsmäßig und zum Nachteile der Anwärter führt, abberufen, und daß zu Unrecht veräußerte Gegenstände dem Fideikommißvermögen zurückgegeben werden[1]). Im einzelnen lassen sich die Befugnisse nicht erschöpfend aufzählen, sie müssen je nach den konkreten Tatumständen geltend gemacht werden.

IV. Abschnitt.

§ 12. Das Erlöschen der Revenuen-Hypothek an Fideikommissen.

Die Rechtssätze über den Untergang der Revenuen-Hypothek schließen sich im allgemeinen an die für die Hypothek des bürgerlichen Rechts geltenden diesbezüglichen Normen an. Sie unterscheiden sich von diesen aber insofern, als der „Eigentümer" des BGB. weder dem Fideikommißbesitzer, noch der Familie, noch beiden gemeinschaftlich stets entspricht. Außerdem ist zu beachten, daß die auf die Besitzzeit des Bestellers beschränkte Revenuen-Hypothek mit dem Eintritt der Nachfolge des nächsten Anwärters eo ipso untergeht[2]; im einzelnen ergeben sich die folgenden leitenden Regeln:

1. Nach § 875 des BGB. in Verbindung mit § 1183 wird die gewöhnliche Hypothek durch die Erklärung des Gläubigers gegenüber dem Grundbuchamt oder gegenüber dem Eigentümer, daß er die Hypothek aufhebe, und durch Löschung der Hypothek aufgehoben. Außerdem ist die Zustimmung des Eigentümers, die gegenüber dem Grundbuchbeamten oder dem Gläubiger abzu-

[1]) Das kann natürlich dann nicht geschehen, wenn der Dritte nach den Vorschriften über den Schutz des guten Glaubens Eigentum erworben hat.

[2]) Für die Löschung derartiger Belastungen sind §§ 23, 24 der GBO. maßgebend; Dernburg, BGB. III, S. 455, Anm. 6.

geben ist, erforderlich. Setzt man an die Stelle des Wortes „Eigentümer“ das Wort „Fideikommißbesitzer“, so sind die obigen Rechtsregeln in vollem Umfange auf die nichteigentliche Revenuen-Hypothek anwendbar, nicht aber auf die Revenuen-Fideikommiß-Hypothek. Die Begründung der letzteren bedarf, wie wir früher gesehen haben, ausnahmslos der Zustimmung der Familie. Man wird dementsprechend diese Zustimmung auch dann für erforderlich halten müssen, wenn die Hypothek aufgehoben werden soll. Das gilt umsomshr, als eine eventuelle spätere Aufnahme eines notwendigen Darlehns erleichtert werden kann, wenn die Hypothek noch nicht im Grundbuch gelöscht ist[1]).

Ausdruck gegeben wird dieser Zustimmung der Familie stets durch einen Familienschluß. Denn die Aufhebung einer Revenuen-Hypothek enthält, auch wenn sie irgend einem Dritten zusteht, in gewissem Sinne eine Verfügung über Fideikommißvermögen (man vgl. die betreffenden Ausführungen über Revenuen-Eigentümer-Hypotheken). Zu einer derartigen Verfügung ist aber regelmäßig ein Familienschluß erforderlich. Wo dies nicht der Fall ist, sind die Ausnahmen im Gesetz besonders hervorgehoben. Indessen besteht eine derartige Ausnahme nicht zugunsten der Aufhebung von Revenuen-Hypotheken. Man wird daher hier auch dann einen Familienschluß für notwendig halten müssen, wenn die Hypothek — für ein notwendiges Darlehen — unter ausschließlicher Zustimmung der beiden nächsten Anwärter begründet worden war[2]).

[1]) Man denke an den Fall, daß der FKBesitzer nach der Bestellung einer eigentlichen Revenuen-Hypothek das Grundstück mit hochwertigen einfachen Revenuen-Hypotheken belastet. Stellt sich nunmehr heraus, daß ein Darlehen zur Wiederherstellung der Substanz des Fideikommisses notwendig ist, so werden die Bedingungen für die Aufnahme der Schuld verhältnismäßig schwere sein, wenn die den nichteigentlichen vorhergehende eigentliche Revenuen-Hypothek gelöscht ist und daher zur Sicherstellung des Gläubigers nicht mehr benutzt werden kann.

[2]) § 80, II, 4 lautet: „Nur allein bei Aufnahme notwendiger Darlehne auf die Einkünfte ist nicht die Zustimmung aller, sondern nur gewisser Familienglieder erforderlich“. Der Hauptton dieses Satzes ist allerdings nicht auf das Wort „Aufnahme“, sondern auf „not-

2. Daß und wie die §§ 1173, 1174 und 1175 bei der Revenuen-Hypothek Anwendung finden, bedarf keiner Erläuterung.

3. Im Falle des § 1178 erlischt die Hypothek für Rückstände von Zinsen etc., wenn sie sich mit dem Ober- und Untereigentum bei der Revenuen-Fideikommiß-Hypothek, bzw. mit dem Untereigentum bei der nichteigentlichen Revenuen-Hypothek in einer Person vereinigt. Das Erlöschen tritt nicht ein, solange einem Dritten ein Recht an dem Anspruch auf eine solche Leistung zusteht (§ 1178, Abs. 1, Satz 2).

4. § 1179 wird mit folgender Maßgabe Anwendung finden müssen: Handelt es sich um eine nichteigentliche Revenuen-Hypothek, so genügt die einfache Verpflichtung des Fideikommißbesitzers, damit später eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Löschung eingetragen werden kann. Bei der eigentlichen Revenuen-Hypothek muß die Familie der Verpflichtungserklärung des Besitzers zustimmen; und zwar erfolgt die Zustimmung durch einen Familienschluß [1]).

5. Einen der Hauptfälle des Unterganges der Revenuenhypothek bildet schließlich § 1181 BGB. in entsprechender Anwendung. „Ist der Revenuen-Hypotheken-Gläubiger aus dem Grundstück, d. h. hier durch Zwangsverwaltung, befriedigt worden, so erlischt die Hypothek. Erfolgt die Befriedigung des Gläubigers aus einem der mit einer Revenuen-Gesamthypothek belasteten Grundsücke, so werden auch die übrigen Grundstücke frei" (§ 1181, Abs. 2, vgl. aber § 1182).

wendiges Darlehn" zu legen. Allein was für die Begründung von Revenuen-Hypotheken angeordnet ist, kann nicht auf den Fall der Aufhebung analog angewendet werden. Denn in § 80 haben wir es mit einer Ausnahmevorschrift zu tun. Es muß also bei der allgemeinen Regel verbleiben, und nach dieser ist bei Verfügungen über FKVermögen ein Familienschluß erforderlich. (§ 76, II, 4.)

Die Stiftungsurkunde kann natürlich vorschreiben, daß die Zustimmung der beiden nächsten Anwärter zur Aufhebung einer Hypothek genügt; und tatsächlich muß eine derartige Bestimmung in Anbetracht der Schwerfälligkeit des Verfahrens bei Familienschlüssen auch als sehr zweckmäßig bezeichnet werden.

[1]) Dies folgt aus dem am Schluß der vorigen Anmerkung angegebenen Grundsatz.

II. Titel.

Die Revenuen-Hypothek an Lehnen.

I. Abschnitt.

§ 13. Allgemeines; Bedeutung der Revenuen-Hypothek an Lehnen.

Das Institut der Lehne ist im Aussterben begriffen; die Gesetzgebung der sechziger und vor allem der siebziger Jahre des vorigen Jahrhunderts hat sie fast durchgängig ihrer Auflösung entgegengeführt. Nur zugunsten der außerhalb des Staates belegenen und hinsichtlich der Thronlehne, d. h. derjenigen Lehne, die von dem Landesherrn persönlich vor dem Throne verliehen werden, ist eine Ausnahme gemacht (Ablösungsgesetz § 2, 1)[1]. Derartige Lehne bleiben uneingeschränkt gültig. Die Vorschriften des ALR. finden also auf sie Anwendung. Im übrigen ist das Obereigentum der Lehnsherrn vollständig abgeschafft, und auch, was den Lehnverband, d. h. das Verhältnis zwischen Lehnsbesitzer und Agnaten angeht, so ist seine vorvorläufige Beibehaltung in heute nur selten noch praktischen Fällen zugelassen worden (vgl. z. B. § 6 des Gesetzes betr. die Auflösung des Lehnsverbandes, der nach dem Rechte der Kurmark, Altmark und Neumark zu beurteilenden Lehne vom 27. Juli 1875, sowie § 6 des entsprechenden Gesetzes betr. den Geltungsbezirk des ostpreußischen Provinzialrechts vom 16. März 1877).

[1]) Zu den Thronlehnen gehören z. B. die schlesischen Fürstentümer Sagan, Öls, Troppau und Jägerndorf, das Fürstentum Krotoschin in Posen, die Lehne der Fürsten Stolberg, Solms u. a. Vgl. Dernburg, Preußisches Privatrecht, S. 937, Anm. 3.

Unter diesen Umständen würde eine spezialisierte Bearbeitung der über die beschränkte Hypothek am Lehen geltenden Normen der Bedeutung der Rechtseinrichtung nicht entsprechen. Andererseits dürfen in einer allgemeinen Abhandlung über die Revenuen-Hypothek die wesentlichen Rechtssätze derselben, auch soweit es sich um Lehne handelt, nicht fehlen. Ferner ist zu bedenken, daß die Thronlehne, wenn sie auch nicht zahlreich sind, so doch durch ihren Umfang eine gewisse Bedeutung besitzen, die sich naturgemäß auf das ihretwegen geltende Recht überträgt.

Es soll daher im folgenden sowohl dem einen wie dem andern Standpunkt nach Möglichkeit Rechnung getragen werden. Und zwar dürfte das am besten in der Weise geschehen, daß wir die allgemeinen leitenden Grundsätze entwickeln, im übrigen aber besonders die Vorschriften der Provinzialgesetze unberücksichtigt lassen.

Zunächst muß ich noch einmal auf das soeben Gesagte zurückkommen: Die Unterscheidung zwischen Thronlehnen sowie Lehnen extra curtem[1]) auf der einen Seite und allen anderen Lehnen auf der anderen Seite ist von grundsätzlicher Bedeutung, insofern alle Vorschriften des ALR., welche das Vorhandensein eines Lehnsherrn voraussetzen, nur bei den erstgenannten Lehnen, niemals bei den übrigen in Betracht kommen können. So oft wir also später das Verhältnis zwischen Obereigentümer und Untereigentümer berühren werden, gelten die betreffenden Ausführungen nicht für die gewöhnlichen Lehne.

II. Abschnitt.

§ 14. Die Begründung der Revenuen-Hypothek an Lehnen.

Die Unterscheidung zwischen eigentlichen und einfachen Revenuen-Hypotheken, die sich im Fideikommißrechte als durchaus zweckmäßig erweist, ist im Lehnrechte nicht angebracht.

[1]) So werden die außerhalb des Staates belegenen Lehne auch genannt.

Ein Gesamtverband der Agnaten entsprechend der Familie bei Fideikommissen existiert hier nicht. Und hierauf beruht die auch weiter unten noch zu besprechende Tatsache, daß die Lehnbelastungen häufig gegenüber einer Anzahl von Anwärtern wirksam, gegenüber anderen unwirksam sind.

Es dürfte daher am besten sein, zuerst die auf die Besitzzeit des Lehnsbesitzers beschränkte und sodann die nicht nur auf diese Zeit beschränkte Revenuen-Hypothek zu erörtern.

I. Die regelmäßige Begründung der auf die Besitzzeit des Lehnsbesitzers beschränkten Revenuen-Hypothek. § 228 Teil I Titel 18 lautet: „Der Vasall kann die Substanz des Lehns überhaupt nicht und die Nutzungen desselben nicht über seine Besitzzeit hinaus eigenmächtig mit Schulden beschweren oder sonst belasten."

Mit diesen klaren Worten bestätigt das ALR. ausdrücklich die Zulässigkeit der selbständigen Begründung einer auf die Besitzzeit des Bestellers beschränkten Revenuen-Hypothek durch den Lehnsbesitzer[1]). Unter entsprechender Anwendung der Vorschriften des BGB. wird demnach eine derartige Revenuen-Hypothek an Lehnen begründet

entweder durch Einigung zwischen Besitzer und Gläubiger, Eintragung in das Grundbuch und Übergabe des Hypothekenbriefes,

oder durch Einigung und Eintragung unter Ausschluß der Brieferteilung.

Aus der Eintragung muß ebenso wie bei der Revenuen-Hypothek an Fideikommissen hervorgehen, daß es sich um eine auf die Besitzzeit des Lehnsbesitzers beschränkte Revenuen-Verpfändung handelt[2]).

[1]) Indessen ist zu beachten, daß auch eine nur auf die Besitzzeit des Lehnsbesitzers beschränkte Belastung in keiner Weise zum Nachteile des Lehnsherrn wirken kann, es sei denn, daß es sich um eine gesetzliche Lehnsschuld handelt, oder um eine solche, in die der Lehnsherr eingewilligt hat. Vgl. 229, I, 18.

[2]) Vgl. oben.

II. Die regelmäßige Begründung der nicht nur auf die Besitzzeit des Bestellers beschränkten Revenuen-Hypothek ist dadurch weit komplizierter, daß sie sowohl die Rechte des Lehnsherrn als auch die der Agnaten und Mitbelehnten in Mitleidenschaft zieht. Hier müssen daher diese besonderen Umstände, abgesehen von den allgemeinen unter I bereits angegebenen Voraussetzungen noch besonders in Betracht gezogen werden.

A. Das Rechtsverhältnis gegenüber dem Lehnsherrn. Hinsichtlich der Stellung des Lehnsherrn gibt § 229, I, 18 die grundlegende Vorschrift: „Nur solche Schulden treffen zum Nachteile des Lehnsherrn das Lehen oder seine Früchte, die entweder die Gesetze für Lehnsschulden ausdrücklich erklären, oder in deren Aufnehmung der Lehnsherr gewilligt hat".

Auch hier wird ähnlich wie im vierten Teil des zweiten Teiles nur von Schulden, nicht von Verpfändungen gesprochen. Doch ist mit Rücksicht auf den Wortlaut des vorhergehenden Paragraphen nicht daran zu zweifeln, daß auch Verpfändungen gemeint sind. Nach den §§ 323 bis 326 sollen ja ferner alle Substanz- und Revenuen-Lehnsschulden, „denen ein dingliches Recht auf Lehngütern beigelegt ist", in das Grundbuch eingetragen werden.

Was bedeutet nun aber der im § 229, I, 18 gebrauchte Ausdruck „zum Nachteile des Lehnsherrn"? Offenbar soll das heißen, daß nichtkonsentierte Belastungen, die des Konsenses bedurften, zwar niemals gegen den Lehnsherrn geltend gemacht werden können, aber doch an sich gültig und in ihrer Gültigkeit nur insoweit eingeschränkt sind, als die Interessen des Lehnsherrn dadurch beeinträchtigt werden. Ist z. B. durch den Lehnsvertrag vorgeschrieben, daß der Lehnsbesitzer alljährlich den Obereigentümer eine bestimmte Zeit lang auf dem Lehnsgute als Gast aufnehmen und lehnsgetreulich bewirten muß (vgl. §§ 143, 144, I, 18), so kann die Zwangsverwaltung auf Grund einer Revenuen-Hypothek, deren Bestellung vom Lehnsherrn genehmigt werden mußte, aber nicht genehmigt wurde, jedenfalls nicht zu der gedachten

Zeit betrieben werden. Im einzelnen ist auf folgendes hinzuweisen:

Nach den stelleweisen unklaren Bestimmungen des ALR. sind die Lehnsschulden einzuteilen erstens in Schulden, die von Gesetzes wegen ohne Einwilligung des Lehnsherrn das Lehen auch zu dessen Nachteile belasten, zweitens in Schulden, die eine derartige Belastung nur bei Zustimmung des Lehnsherrn herbeiführen, in deren Begründung der Lehnsherr aber einwilligen muß, und endlich drittens in Schulden, die die Eigenschaft von Lehnsbelastungen ebenfalls durch die Zustimmung des Lehnsherrn erhalten, bei denen aber ferner die Zustimmung des Lehnsherrn in dessen freiem Belieben steht.

1. Gesetzliche Lehnsschulden. In welchen Fällen Schulden des Lehnsbesitzers das Lehen von Gesetzes wegen belasten, wird durch § 230 geregelt, der indessen nur die allgemeinen Gesichtspunkte darlegt, dagegen die Einzelheiten den näheren Bestimmungen der Provinzialgesetze überläßt. Die gesetzlichen Lehnsschulden sind gemäß dem im § 234 ausgesprochenen Grundsatze nicht „Substanz"-, sondern Revenuenschulden, doch können die Provinzialgesetze abweichende Bestimmungen treffen.

In allen Fällen der gesetzlichen Lehnsschulden kann der Lehnsbesitzer selbständig gegen den Lehnsherrn wirksame Lehnsrevenuen-Hypotheken begründen, ohne daß es der Einwilligung des Obereigentümers bedürfte. Es kann aber auch der Gläubiger das gleiche zu seinen Gunsten tun, ohne daß selbst der Lehnsbesitzer zuzustimmen brauchte. Dies folgt aus den §§ 323 bis 326, die durch die spätere preußische und Reichsgesetzgebung nicht beseitigt sind [1]). Natürlich muß der Grundbuchrichter

[1]) A. M. Fischer-Schroeder ALR., S. 121, Anm. 32. Doch gestattet der Art. 60 ohne Zweifel die fortdauernde Geltung der genannten Paragraphen, da es sich ja nur um die Voraussetzung der Entstehung einer Revenuen-Hypothek am Lehen handelt, nicht aber um ein anders geartetes Pfandrecht (vgl. auch die Ausführungen zu Anfang dieser Arbeit über die Bedeutung von Art. 60). Derselben Ansicht Koch, S. 655 (s. hier auch Anm. 49 u. 50); allerdings war das BGB. und die Reichsgrundbuchordnung zur Zeit der Veröffentlichung

wegen der Gefahr einer Verletzung von Rechten Dritter durch Anwendung des Grundsatzes des guten Glaubens sorgfältig prüfen, ob der Fall einer gesetzlichen Lehnsschuld vorliegt, sofern die hypothekarische Sicherstellung derselben vom Gläubiger oder Lehnsbesitzer beantragt wird.

2. Wann Belastungen, die der Einwilligung des Lehnsherrn bedürfen, zu denen dieser aber den Konsens erteilen muß, als vorliegend zu erachten sind, richtet sich ebenfalls nach Provinzialrecht, ebenso die Frage, ob dafür Substanz- oder nur Revenuen-Hypotheken bestellt werden können (§§ 235, 236).

Ein besonderer Fall wird im § 238 geregelt. Sofern nämlich die Landesgesetze die Aufnahme eines Darlehens zu den Kosten einer erheblichen Verbesserung des Lehens angeordnet haben, kann der Lehnsbesitzer gegen den Lehnsherrn auf rechtliches Gehör und Erkenntnis antragen. Dieser muß also in die Verpfändung des Lehens für derartige Schulden einwilligen, doch kann er den diesbezüglichen Konsens auf eine bestimmte Zeit beschränken. Wie hoch die Schuldsumme sein, und wie lange die Verpfändung dauern darf, ist gemäß § 240 nach richterlichem Ermessen zu bestimmen.

3. Für die Begründung von Schulden, die die Eigenschaft von Lehnsschulden erst durch die Zustimmung des Lehnsherrn erhalten, und bei denen die Zustimmung des Obereigentümers in dessen freiem Belieben steht, existieren keine besonderen Vorschriften. Es ist hier nur zu beachten, daß der Lehnsherr den Konsens nach Gutdünken in engen oder weiteren Grenzen halten kann. Insbesondere ist er auch berechtigt, die Verpfändung des Lehens

von Kochs Kommentar noch nicht in Kraft getreten; wohl aber galten das Eigentumserwerbsgesetz und die preuß. Grundbuchordnung von 1872. Was die uns hier interessierende Frage angeht, besteht nun kein Unterschied zwischen beiden Gesetzgebungen.

Selbstverständlich kann § 323 insofern nicht mehr in Betracht kommen, also ohne Eintragung ein dingliches Recht an Liegenschaften überhaupt nicht mehr zur Entstehung gelangen kann (Koch a. a. O., Anm. 47).

für die Schuld überhaupt zu verbieten. Geschieht das aber nicht, so kommen ebenso wie in den Fällen zu 2 die §§ 323 bis 326 zur Anwendung, d. h. der Gläubiger kann selbständig die Eintragung einer Revenuen-Hypothek zur Sicherung seiner Forderung beantragen.

B. Das Rechtsverhältnis gegenüber den Agnaten und Mitbelehnten. Das ALR. macht in der Abhandlung über die Rechte der Agnaten bei Verschuldungen und Verpfändungen einen Unterschied zwischen den Deszendenten des Lehnsbesitzers und zwischen den übrigen Berechtigten. Die ersteren müssen Revenuen-Hypotheken jeder Art, die von ihren Vorfahren begründet wurden, rückhaltlos anerkennen. Sie brauchen daher bei der Belastung mit derartigen Schulden niemals zugezogen zu werden, § 268, I, 18. Dagegen können die übrigen Agnaten hinsichtlich der Begründung von Revenuen-Hypotheken im wesentlichen dieselben Rechte geltend machen wie der Lehnsherr, vorausgesetzt, daß sie nicht Erben des Besitzers geworden sind[1]) (§ 288).

Indessen gilt der Grundsatz, daß Abkömmlinge stets durch die Einwilligung ihrer Vorfahren verpflichtet werden, es sei denn, daß sie sich nicht mehr unter elterlicher Gewalt befinden[2]); andererseits ist die Einwilligung der Agnaten nur dann gültig, wenn sie schriftlich oder wenigstens durch Unterschreiben der vom Lehnsbesitzer ausgestellten Schuldurkunde erfolgt (§ 314).

Es muß nunmehr die Frage aufgeworfen werden, welche Folgen es hat, wenn eine Revenuen-Hypothek ins Grundbuch eingetragen wird, ohne daß der notwendige Konsens des Lehnsherrn bzw. der Agnaten vorhanden gewesen wäre. Es läge nahe, eine derartige Eintragung für ungültig zu erklären. Allein das entspricht nicht dem Willen des Gesetzes, denn im § 330 wird bestimmt, daß, wenn der Lehnsbesitzer oder auch der Gläubiger die Eintragung einer Revenuen-Hypothek beantragt, diesem Antrag vom Grundbuchamt stattgegeben werden muß. Hieraus muß

---

[1]) §§ 317, 318, 319, Halbsatz 1.
[2]) §§ 311, 309, 310.

notwendigerweise gefolgert werden, daß die Belastung eines Lehns mit einer Revenuen-Hypothek auch ohne die Einwilligung des Lehnsherrn und der Agnaten zulässig und gültig ist. Es ist aber daran festzuhalten, daß sie nicht zum Nachteil des Lehnsherrn wirksam sein kann, während Agnaten und Mitbelehnte ein durch den Nachfolgefall aufschiebend bedingtes „Anfechtungs"-recht haben.

Allerdings müssen die Vorschriften über den Schutz des guten Glaubens in jedem Falle unangetastet bleiben. Und es ist offenbar, daß unter derartigen Umständen eine gefährliche Beeinträchtigung der Rechte des Obereigentümers und der Agnaten möglich ist. Aus diesem Grunde hat § 330, I, 18 angeordnet, daß der Grundbuchrichter zwar zur Eintragung der Hypothek verpflichtet ist, aber den Mangel des Konsenses in dem „Rekognitionsscheine" ausdrücklich bemerken muß.

An Stelle des Rekognitionsscheines ist durch die preußische Gesetzgebung von 1853 der Hypothekenauszug getreten[1]). Seit 1872 bzw. 1900 gibt es keine Hypothekenauszüge mehr, sondern an ihrer Statt bei Belastungen nur Hypothekenbriefe. Diese sind es also, die den Vermerk des Grundbuchamtes notwendig enthalten müssen. Das BGB. kennt indessen auch Buchhypotheken, bei denen die Erteilung eines Hypothekenbriefes ausgeschlossen ist. Es ist klar, daß auch gegenüber solchen Revenuen-Hypotheken der Verletzung von Rechten des Lehnsherrn und der Mitbelehnten nach Möglichkeit vorgebeugt werden muß.

Nun galt zur Zeit der Abfassung des ALR. die allgemeine Hypothekenordnung von 1783, und diese kannten nur Hypotheken mit Rekognitionsscheinen, keine sog. Buchhypotheken. Es ist daher natürlich, daß das ALR. lediglich die Eintragung in Rekognitionsscheine berücksichtigte. Bei der durch die neuere Gesetzgebung veränderten Sachlage ist aber dahin zu entscheiden, daß der Grundbuchrichter den Schutzvermerk zugunsten des Lehnsherrn und der Agnaten nicht nur bei Briefhypotheken in den

[1]) Förster, S. 63.

Hypothekenbrief, sondern auch bei Buchhypotheken in das Grundbuch selbst einzutragen hat[1][2].

III. Die außerordentlichen Fälle der Begründung einer Revenuen-Hypothek an Lehnen sind regelmäßig den bei der beschränkten Hypothek an Fideikomissen vorkommenden analog. Es finden daher im allgemeinen die diesbezüglichen früheren Ausführungen dieser Arbeit entsprechende Anwendung. Hierbei ist jedoch stets zu beachten, daß der Untereigentümer auch ohne Einwilligung des Lehnsherrn und der Agnaten unbeschränkte Revenuen-Hypotheken eintragen lassen darf, daß aber andererseits in solchen Fällen regelmäßig der Mangel des Konsenses im Grundbuche bemerkt werden muß. Im Falle des § 868 der ZPO. kann bei Vorhandensein einer Allodialschuld immer nur die zwangsweise Eintragung einer auf die Besitzzeit des Lehnsbesitzers beschränkten Revenuen-Hypothek verlangt werden.

[1]) Ebenso Turnau, Die Grundbuchordnung, II, § 12, S. 160, Obertribunal, Archiv 91, S. 286. Übrigens darf das Grundbuchamt die eigenmächtige Verfügung des Lehnsbesitzers erst eintragen, wenn es vorher den Gläubiger an die Beibringung des Konsenses aller eingetragenen Lehnsberechtigten erinnert hat.

[2]) Nach den Ausführungen im Text liegt der Gedanke wohl nahe, daß zwischen der ausdrücklich auf die Besitzzeit des Lehnsbesitzers beschränkten und zwischen der unbeschränkten Revenuen-Hypothek, bei der aber das Fehlen der Zustimmung aller sonstigen Berechtigten eingetragen wurde, kein Unterschied bestehe. Tatsächlich ist indessen eine Abweichung wohl vorhanden. Denn die nur die Besitzzeit des Untereigentümers betreffende Hypothek erlischt unter allen Umständen mit dem Tode desselben, während die an sich unbeschränkte Revenuen-Hypothek stets wenigstens gegen die Erben des Besitzers wirksam ist (§§ 288, I, 18).

III. Abschnitt.

§ 15. Abweichungen der Lehn-Revenuen-Hypothek von der beschränkten Hypothek an Fideikommissen hinsichtlich der einzelnen Rechte und Pflichten der Beteiligten.

I. Das Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Lehnsbesitzer bzw. Lehnsherrn und Agnaten.

A. Die Anwendung der Vorschriften des Reichsrechts bei Lehn-Revenuen-Hypotheken ist ähnlich wie im Fideikommißrechte zu handhaben. Wesentlich anders muß indessen das Institut der Eigentümerhypothek beurteilt werden. Dieselbe steht bei der auf die Besitzzeit des Lehnsbesitzers beschränkten Revenuen-Hypothek diesem allein, in allen andern Fällen steht sie dem Besitzer, dem Lehnsherrn und denjenigen Agnaten zu, die in die Begründung der Hypothek eingewilligt hatten [1] [2]. Zur Verfügung über die Revenuen-Eigentümer-Hypothek ist demgemäß in den zuzweit genannten Fällen der Untereigentümer nur unter Zustimmung der genannten Berechtigten befugt. Jedoch auch eine ohne deren Zustimmung erfolgende Disposition über die Hypothek zugunsten eines Dritten ist nicht ungültig: es muß

[1]) Bei gesetzlichen Lehnsschulden steht sie dem Unter- und Obereigentümer, sowie allen Agnaten zu.

[2]) Da es keinen Lehnsverband entsprechend der Familie bei Fideikommissen gibt, kann wohl nur so entschieden werden. Jedenfalls darf man, abgesehen von dem Falle gesetzlicher Lehnsschulden nicht sagen, daß die Revenuen-Hypothek allen Lehnsberechtigten zusteht, wenn nur ein Teil derselben ehedem in die Begründung einwilligte. Denn diejenigen, deren Zustimmung beigebracht wurde, haben mit der Hypothek überhaupt nichts zu tun, sie ist ihnen gegenüber an und für sich unwirksam. Höchstens ließe sich die Ansicht verteidigen, die Eigentümerhypothek stehe unter allen Umständen dem Lehnsbesitzer allein zu. Immerhin würde auch eine derartige Auffassung im Widerspruch zum Gesetz, d. h. zu der Theorie vom geteilten Eigentum stehen (§§ 14 und 17, I, 18). Praktische Bedeutung hat die ganze Frage übrigens nicht, da bei Verfügungen des Besitzers über die Eigentümerhypothek in jedem Falle die allgemeinen im Texte angegebenen Regeln maßgebend sind.

aber der Mangel des Konsenses im Grundbuche oder im Hypothekenbriefe ausdrücklich bemerkt werden, und die Verfügung wirkt nicht gegen diejenigen Berechtigten, die ihre Einwilligung nicht gegeben hatten, es sei denn, daß es sich bei der neuen Schuld um eine gesetzliche Lehnsschuld handelt[1]).

Die Handhabung von § 1141 muß ebenfalls eine andere als im Fideikommißrecht sein. Dies gilt allerdings insofern nicht, als auch beim Lehen die Kündigung des Gläubigers gegenüber dem Lehnsbesitzer unter allen Umständen wirksam ist. Dagegen hat man in dem andern Falle der Kündigung gegenüber dem Gläubiger zu unterscheiden, ob es sich um eine auf die Besitzzeit des Lehnsbesitzers beschränkte Revenuen-Hypothek handelt oder nicht. Im ersten Falle ist die bloße Erklärung des Lehnsbesitzers ausreichend, im zweiten Falle ist zur Kündigung die Zustimmung derjenigen Lehnsberechtigten, die in die Begründung der Hypothek eingewilligt hatten, erforderlich[2]). Kündigt der Besitzer ohne diese Einwilligung, so kann der Gläubiger nach Ablauf der Kündigungsfrist von ihm zwar Zahlung verlangen; aber gegenüber dem Lehnsherrn und den Agnaten ist, soweit dieselben nicht zugestimmt hatten, die Kündigung ohne rechtliche Wirkung[3]) [4]).

---

[1]) In dieser Weise sind § 330 und die einschlägigen vorhergehenden Paragraphen analog anzuwenden.

[2]) Die andern Berechtigten brauchen deswegen nicht zuzustimmen, weil die ohne ihren Konsens begründete Hypothek nicht gegen sie geltend gemacht werden kann (§ 330 Halbs. 2).

[3]) Das Ergebnis ist ein anderes als im Fideikommißrecht; hier ist die nicht konsentierte Kündigung absolut, beim Lehen lediglich relativ unwirksam. Nur eine derartige unterschiedliche Behandlung der beiden Rechtsgebiete entspricht den grundsätzlich voneinander abweichenden Bestimmungen von Teil I Titel 18 und Teil II Titel 4 hinsichtlich der Verfügungen des Untereigentümers (vgl. besonders § 330, I, 18).

[4]) Bei gesetzlichen Lehnsschulden müssen alle Agnaten und der Lehnsherr in die Kündigung einwilligen; dieselbe wirkt daher, soweit dies nicht geschehen ist, nicht gegen diejenigen, die ihre Zustimmung verweigert hatten.

Ganz im Gegensatze hierzu ist im Falle des § 880 kein Unterschied zwischen der auf die Besitzzeit des Lehnsbesitzers beschränkten und den andern Revenuen-Hypotheken zu machen: Zur Änderung des Rangverhältnisses einer Revenuen-Hypothek genügt stets die Zustimmung des Lehnsbesitzers. Die Einwilligung der andern Berechtigten ist deswegen nicht erforderlich, weil dieselbe auch zur Begründung der Revenuen-Hypothek nicht unbedingt notwendig ist (§ 330, I, 18). Allerdings wirkt hier eine nicht konsentierte Revenuen-Hypothek nicht gegen diejenigen, die ihre Zustimmung nicht gegeben hatten (§ 330 Halbs. 2); aber ein dementsprechender Rechtssatz läßt sich bei der Rangänderung nicht durchführen und würde auch mit der im allgemeinen freieren Stellung des Lehnsbesitzers nicht im Einklange stehen.

Aus den gleichen Gründen genügt die Verpflichtung des Lehnsbesitzers zur Wirksamkeit eines Rangvorbehaltes gemäß § 881.

Die Heranziehung des § 1133 bei der Revenuen-Hypothek am Lehen geschieht in ganz ähnlicher Weise wie bei Fideikommissen: sie ist also zulässig, wenn es sich um eine auf die Besitzzeit des Lehnsbesitzers beschränkte Hypothek handelt, aber ausgeschlossen, sofern das nicht der Fall ist[1]).

B. Die besonderen Vorschriften des Landesrechts hinsichtlich der Revenuen-Hypothek am Lehen weichen von den betreffenden Bestimmungen für Fideikommisse in den meisten Beziehungen ab.

1. Für das Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Lehnsbesitzer, bzw- Lehnsherrn gelten folgende Grundsätze: Nicht immer kann der Gläubiger die hypothekarische Klage ohne weiteres erheben, auch wenn die allgemeinen Voraussetzungen derselben gegeben sind. Die Lehnshaftung ist nämlich vielfach nur eine subsidiäre. Sind z. B. gesetzliche Lehnsschulden aufgenommen worden, welche bloß die Person und

[1]) Die Gründe hierfür entsprechen wenigstens teilweise, den diesbezüglichen Ausführungen der vorliegenden Arbeit über die Fideikommißhypothek.

die Familie des Vasallen betreffen oder zur Tilgung gewisser ihm persönlich obliegender Verbindlichkeiten gemacht wurden, so muß der Gläubiger seine Befriedigung zunächst aus dem Allodialvermögen des Besitzers suchen und nur, wenn dieses nicht ausreicht, kann er die hypothekarische Klage erheben (§ 232, I, 18). Im übrigen haftet das Lehen für gesetzliche Lehnsschulden primär, doch verweist das Landrecht auch dieserhalb auf die näheren Bestimmungen der Provinzialgesetze (§ 231). Dagegen gilt bei Schulden, die bloß durch die Einwilligung des Lehnsherrn die Eigenschaft von Lehnsschulden erhalten haben, die Regel, daß das Lehen nur bei Ermangelung eines ausreichenden Allodialvermögens haftet (§ 243). Eine Ausnahme hiervon macht § 247: Hat nämlich der Lehnsherr in eine zur Vermehrung oder Verbesserung der Substanz des Lehens aufgenommene Schuld ausdrücklich gewilligt, so kann der Gläubiger sich nur an das Lehen halten und darf sich auf das Allodialvermögen des Schuldners nicht verweisen lassen. Für den Fall, daß in dem Konsens des Lehnsherrn gewisse Termine für die Abzahlung bestimmt worden sind, und daß der Gläubiger dieselben verlängert oder dem Schuldner Nachsicht gibt, gelten genau dieselben Bestimmungen wie im Fideikommißrechte. Man vgl. daher deswegen S. 59 f. dieser Arbeit.

2. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Lehnsbesitzer, bzw. den Agnaten unterliegt insofern den gleichen Vorschriften wie zu 1, als für die Frage nach der singulären oder subsidiären Haftung des Lehens die dort angegebenen Grundsätze Anwendung finden (§ 320). „Hat jedoch ein Agnat oder Mitbelehnter in seinem Konsens dem Gläubiger bei erfolgendem Sukzessionsfalle die Bezahlung aus dem Lehen ohne Vorbehalt versprochen, so kann er denselben auf den Allodialnachlaß des Schuldners nicht verweisen“ (§ 321). Abgesehen hiervon besitzen auch die sonstigen Ausführungen unter 1 für das Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Lehnsbesitzer, bzw. den Agnaten entsprechende Geltung[1]). Außerdem ist noch folgendes zu be-

[1]) Vgl. § 319, Halbsatz, § 320.

achten: Nach § 296 kann ein Agnat gegen eine „ihm nachteilige Verfügung“ (vorher oder nachher) Protestation einlegen. Das gilt natürlich auch von Revenuen-Hypotheken, doch kommt hier der Zweck des § 297 nicht in Betracht, während die Vorschrift des § 330 die Anwendung des guten Glaubens des BGB. zugunsten der Agnaten grundsätzlich ausschließt[1]). Die Bestimmungen der §§ 298, 299 über die eventuelle Aufnehmung des Beweises zum „ewigen Gedächtnis“ sind obsolet, bzw. aufgehoben. Maßgebend sind heute §§ 485 ff. ZPO. betreffend die Sicherung des Beweises[2]).

II. Zivilprozeß.

1. **Prozeßparteien** bei der hypothekarischen Klage sind auf der aktiven Seite der Gläubiger, auf der passiven der Lehnsbesitzer. Soll indessen das Urteil auch gegen den Lehnsherrn wirksam sein, so muß er in den Prozeß „zugezogen“ werden (§ 258, I, 18). Dies kann mangels näherer Bestimmungen bei Passivprozessen nur so verstanden werden, daß auch gegen den Lehnsherrn vom Gläubiger Klage erhoben werden muß. Es fragt sich nun, wie in letzterer Hinsicht mit den Agnaten zu verfahren ist, betreffs deren überhaupt keine besonderen Vorschriften für den Prozeß existieren. Daß ein gegen den Lehnsbesitzer ergangenes Urteil in allen Fällen auch gegen sie wirkt, kann nicht angenommen werden, da sie nach § 17, I, 18 an dem nutzbaren Eigentum des Vasallen teilnehmen. Andererseits gibt es, wie bereits bemerkt, im Lehnrechte keine Familie, gegen die ein Dritter seinen Anspruch geltend machen könnte. Die Klageerhebung gegen jeden einzelnen Berechtigten erschwert aber naturgemäß das Verfahren. Trotz dieser Sachlage muß dahin entschieden werden, daß die Agnaten dieselben Rechte wie der Obereigentümer haben[3]). Auch

[1]) Vgl. oben S. 94.

[2]) Fischer-Schroeder, ALR. S. 117, Anm. 26.

[3]) A. A. Dernburg, Preußisches Privatrecht, § 377, S. 958. Diese Meinung beruht aber auf der unrichtigen Unterstellung einer großen Inkonsequenz des Gesetzes. Denn nach § 288, I, 18 brauchen die Agnaten und Mitbelehnte, abgesehen von Ausnahmefällen, selbständige

ist zu bedenken, daß sie in ihrer Passivlegitimation nur dann berücksichtigt zu werden brauchen, wenn sie im Grundbuche eingetragen sind[1]), so daß dem Gläubiger wenigstens bei der Ausfindigmachung seiner Gegner keine Schwierigkeiten im Wege stehen.

2. Der revenuen-hypothekarische Klageantrag gegen den Lehnsherrn und gegen die Agnaten hat entsprechend den diesbezüglichen Fideikommißrechtssätzen dahin zu lauten, daß die genannten Personen zur Einwilligung in die betreffende Leistung des Lehnsbesitzers verurteilt werden mögen.

3. Einen Eintritt des Lehnsnachfolgers in den Prozeß seines Vorgängers gibt es nicht[2]). Denn entweder handelt es sich um einen Prozeß, der den Nachfolger rechtlich überhaupt nicht berührt, oder aber es handelt sich um Lehnsbelastungen, die auch dem neuen Besitzer gegenüber wirksam sein sollen. Im ersteren Falle ist der Prozeß als Lehnsprozeß materiell erledigt. Im zweiten Falle mußte auch gegen den früheren Agnaten und jetzigen Lehnsbesitzer Klage erhoben werden. Ist dies nicht geschehen, so muß es nachgeholt werden. Ist es aber

Verfügungen des Besitzers nicht anzuerkennen. In der Art der Führung eines Prozesses liegt aber sehr häufig eine Verfügung, und zwar unter Umständen eine Verfügung von sehr einschneidender Bedeutung. Angenommen z. B. der Besitzer wird verklagt, eine hohe Geldsumme zu zahlen, deretwegen der Gläubiger mangels Befriedigung sich unbeschränkt an das Lehngrundstück halten zu können behauptet. Der Beklagte erkennt alsbald den Anspruch seines Gegners an und wird demgemäß verurteilt. Muß jetzt wirklich jeder nachfolgende Lehnsbesitzer dieses Urteil gegen sich gelten lassen? Das kann unmöglich angenommen werden, sonst könnte der Untereigentümer auf einem Umwege jede beliebige Verfügung mit voller Wirksamkeit gegen alle Agnaten treffen, was aber in Widerspruch mit § 288 stehen würde.

[1]) Dies ist mit Rücksicht auf §§ 290, 291, I, 18 ALR. als sicher anzunehmen, auch dann, wenn die genannten Paragraphen durch Art. 61 EGBGB. im wesentlichen aufgehoben sein sollten.

[2]) In dieser Beziehung, d. h. bei Lehnprozessen, ist also den Ausführungen Kiehls, Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, a. a. O. ohne Vorbehalt zuzustimmen.

bereits geschehen, so ist der Klageantrag nicht mehr auf die Einwilligung in die Leistung, sondern auf die Leistung selbst zu richten. Die Zulässigkeit einer derartigen Klageänderung ist im § 268 Nr. 3 ZPO. ausdrücklich anerkannt.

4. Die Frage, welche Wirkungen das gegen den Lehnsbesitzer erstrittene Urteil hat, ist nach dem Gesagten unschwer zu beantworten. Die richterliche Entscheidung wirkt stets nur unter den Parteien, hat also uneingeschränkte lehnrechtliche Bedeutung nur dann, wenn auch gegenüber allen anderen Berechtigten einschließlich des Lehnsherrn ein entsprechend lautendes Urteil ergangen ist.

III. Zwangsvollstreckung.

1. Voraussetzung für die Zwangsvollstreckung aus einem revenuen-hypothekarischen Anspruch gegen ein Lehen ist bei der auf die Besitzzeit des Lehnsbesitzers beschränkten Hypothek ein Schuldtitel gegen diesen allein; bei der weiter wirkenden Hypothek ist außerdem ein Schuldtitel gegen den Lehnsherrn und gegen alle diejenigen Agnaten erforderlich, gegenüber denen die Zwangsvollstreckung Geltung besitzen soll.

2. Betreffs des Gegenstandes der Zwangsvollstreckung ist auf die für die Fideikommißhypothek geltenden analogen Ausführungen auf S. 75 zu verweisen, d. h. auch bei der Zwangsvollstreckung aus Revenuen-Hypotheken am Lehen ist Gegenstand das Grundstück selbst, aber unter Beschränkung auf die Zwangsverwaltung[1]).

3. Tritt der Nachfolgefall nach Erlaß des Urteils gegen den Besitzer, aber vor Beginn der Zwangsvollstreckung ein, so haben die §§ 727, 730—732, 768 ZPO. entsprechende Anwendung zu finden, wenn der Nachfolger seinerseits zur Einwilligung in die Leistung verurteilt wurde. Ist dies

[1]) Vgl. besonders § 333: „In allen andern Fällen kann auch wegen an sich gültiger Lehnsschulden nur der Beschlag der Einkünfte des Lehens, die Sequestration derselben zum Besten der Gläubiger und die gerichtliche Einweisung in das Lehen stattfinden."

nicht geschehen, so muß die Zwangsvollstreckung auf Grund des Urteils gegen den früheren Lehnsbesitzer unterbleiben.

4. Wechselt der Lehnsbesitz erst nach Beginn der Zwangsvollstreckung, so kann diese unter Anwendung von § 769, 1 ZPO. fortgesetzt werden, sofern die zu 3 erwähnte Voraussetzung vorliegt.

5. Wegen der sonstigen allgemeinen Bestimmungen der ZPO. über die Zwangsvollstreckung verweise ich auf die betreffenden Bemerkungen unter 5 auf S. 76.

6. Das Verfahren bei der Zwangsvollstreckung selbst.

A. Allgemeines. Das Recht des Gläubigers, die Zwangsverwaltung zu betreiben, dauert bei Lehnsschulden, die auch ohne Konsens allen Interessenten gegenüber wirksam sind, bis zu ihrer vollständigen Tilgung (§ 334). Bei Schulden, deren Lehnseigenschaft bloß auf der Einwilligung einiger Agnaten oder Mitbelehnten beruht, dauert es nur so lange, als der derzeitige Lehnsbesitzer oder konsentierende Interessenten oder Leibeslehnserben von beiden im Besitze des Lehns sich befinden (§ 335).

Ist das Lehen wegen Substanzbelastungen verkauft worden, so haben die Revenuengläubiger an den Einkünften des aus dem Verkauf verbleibenden Überschusses genau dieselben Rechte, die soeben hinsichtlich der Einkünfte des Lehens selbst statuiert wurden (§ 343).

In welchem Umfange und in welcher Reihenfolge die Gläubiger die Befriedigung verlangen können, regelt sich nach denselben Grundsätzen wie im Fideikommißrecht[1]).

B. Die vom Revenuengläubiger eingeleitete Zwangsvollstreckung erleidet in ihrer Wirkung durch die Rechte des Lehnsherrn insofern eine Einschränkung, als nach § 344 die Ansprüche des letzteren wegen der aus dem Lehen zu fordernden Geld- und Naturallehnsabgaben ungeschmälert

---

[1]) S. S. 77 ff.

bleiben, d. h. offenbar vor den Ansprüchen des Gläubigers getilgt werden sollen[1]).

C. Die Beschränkung der Exekutionswirkung durch die Lehnskompetenz. Auch wenn der Lehnsherr keine Lehnsforderungen geltend zu machen hat, gelangen die Überschüsse nicht ausschließlich zur Verteilung auf die im § 155. 2 des Zwangsversteigerungsgesetzes genannten Ansprüche; vielmehr kann der Vasall grundsätzlich die Aussetzung einer Kompetenz aus den Einkünften fordern.

Im einzelnen hat man zu unterscheiden, ob die Schulden, derentwegen die Zwangsverwaltung eingeleitet worden, von dem Besitzer selbst oder von einem Vorgänger gemacht wurden. Im ersteren Falle ist das Kompetenzgesuch lediglich nach den „allgemeinen in der Prozeßordnung enthaltenen Vorschriften" zu beurteilen (§ 351). Doch kann die Kompetenzsumme wider den Willen des Gläubigers ein Viertel der Lehnseinkünfte nicht übersteigen (§ 352), nur wenn das Viertel auch zum notdürftigsten Unterhalt nicht ausreicht, muß das Fehlende aus den sequestrierten Einkünften zugezogen werden (§ 353)[2]).

Wesentlich besser ist die Rechtslage für den gegenwärtigen Besitzer, wenn die fragliche Schuld nicht von ihm selbst, sondern von einem Vorbesitzer herrührt. In diesem Falle kann der Besitzer, sofern er nur sonst nach den Vorschriften der Prozeßordnung kompetenzberechtigt ist, standesgemäßen Unterhalt, jedoch nicht mehr als ein Drittel der Lehnseinkünfte, fordern; der notdürftige Unterhalt ist ihm in jedem Falle zu gewähren (§§ 354 und 355).

---

[1]) Durch diese Vorschrift wird die Bedeutung der Zustimmung des Lehnsherrn zur Aufnahme einer Revenuen-Hypothek auf ein Minimum herabgedrückt. Nur in einem Falle, wie er auf S. 90 erwähnt wurde, kann die Zustimmung des Obereigentümers noch eine gewisse Wirkung zugunsten des Gläubigers ausüben.

[2]) Genau dieselbe Rechtsstellung, wie sie der Lehnsbesitzer gemäß den §§ 251—253 hat, haben die Söhne und Erben desjenigen Besitzers, der die betreffende Schuld aufgenommen hatte (§ 357).

IV. Das Recht des Lehnsherrn und der Agnaten ist in vieler Hinsicht beschränkter als das Recht der Familie bei Fideikommißstiftungen. Insbesondere sind sie, wie wir bereits gesehen haben, nicht berechtigt, die Löschung von Revenuen-Hypotheken oder einen sachgemäßen Widerspruch zu beantragen, wenn die Hypotheken ohne ihren notwendigen Konsens begründet wurden. Andererseits kann eine derartige Verfügung auch nicht zum Nachteile des Lehnsherrn geltend gemacht werden, und die Agnaten haben ein durch den Sukzessionsfall bedingtes Anfechtungsrecht[1]).

Außerdem wird man wohl einem jeden von ihnen die Befugnis zuerkennen müssen, beim Grundbuchamt die Eintragung des im § 330 erwähnten Vermerks zu veranlassen, falls derselbe bisher noch nicht aufgenommen war, ev. müssen sie in solchen Fällen auch berechtigt sein, den Klageweg zu beschreiten.

Agnaten und Mitbelehnte können ferner Regreß gegen den Lehnsbesitzer nehmen, wenn dieser ohne ihre Einwilligung eine Revenuen-Hypothek bestellte und sie dadurch in Verbindung mit einer späteren Anwendung der Vorschriften über den guten Glauben in ihrem Rechte schmälerte[2]) (§ 292). Die gleiche Befugnis wird man auch dem Lehnsherrn nicht absprechen können, obwohl das Gesetz dies nicht ausdrücklich anordnet.

Schließlich haben der Obereigentümer und die einzelnen Anwärter auch die Befugnis, gemäß §§ 771. 772 die Widerspruchsklage zu erheben, wenn ihre Rechte bei der Zwangsvollstreckung verletzt werden. Die Zulässigkeit einer derartigen Klageanstellung wird durch § 295, I, 18 indirekt bestätigt, denn die dortige beschränkende Vorschrift bezieht sich ausdrücklich nur auf Verfügungen des Lehnsbesitzers, nicht aber auf unfreiwilligen Eigentumsverlust infolge von Zwangsvollstreckung.

---

[1]) S. oben S. 94.

[2]) Das kann vorkommen, wenn das Sukzessionsrecht des Agnaten nicht im Grundbuche eingetragen war.

IV. Abschnitt.

§ 16. Der Untergang der Revenuen-Hypothek an Lehnen.

1. Die Voraussetzungen für die Aufhebung der Revenuen-Hypothek an Lehnen sind unter analoger Anwendung von § 1183 BGB. die Erklärung des Revenuen-Hypotheken-Gläubigers gegenüber dem Grundbuchamte oder gegenüber dem Lehnsbesitzer, daß er die Hypothek aufhebe, und die Löschung der Hypothek. Erforderlich ist außerdem die Zustimmung des Lehnsbesitzers, nicht aber des Lehnsherrn und der Agnaten, weil diese auch bei Begründung der Revenuen-Hypothek nicht notwendig einzuwilligen brauchen.

2. Die Anwendung der §§ 1173, 1174, 1175 liegt auf der Hand und bedarf daher keiner Begründung.

3. Im Falle des § 1178 erlischt die Hypothek für Rückstände von Zinsen und deren Nebenleistungen, sowie für Kosten, die dem Gläubiger zu erstatten sind, wenn eine Eigentümerhypothek entsteht.

Wann dies zutrifft, ist nach den Grundsätzen zu beurteilen, die oben auf S. 86 entwickelt wurden.

4. Die Vorschrift des § 1179 muß im Lehnrechte folgerichtig anders behandelt werden als im Fideikommißrechte. Es ist nämlich stets lediglich die Verpflichtung des Lehnsbesitzers erforderlich, damit später eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Löschung eingetragen werden kann[1].

5. Wegen des Unterganges der Revenuen-Hypothek gemäß § 1181 BGB. bitte ich, die betreffenden Ausführungen auf S. 86 nachlesen zu wollen, die auch hier uneingeschränkte Geltung besitzen.

---

[1] Kann der Lehnsbesitzer ohne Einwilligung des Lehnsherrn und der Agnaten die Löschung einer Revenuen-Hypothek bewirken, so muß er auch selbständig gegenüber Dritten eine dementsprechende Verpflichtung eingehen können.

II. Hauptstück.

§ 17. Besonderheiten der Revenuen-Grundschuld und -Rentenschuld.

Auf die Revenuen-Grundschuld finden die Vorschriften über die Revenuen-Hypothek entsprechende Anwendung, soweit sich nicht daraus ein anderes ergibt, daß die Revenuen-Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt. Mit dieser kleinen Variation gibt § 1192 Satz 1 auch die leitende Regel an, nach der die Revenuen-Grundschuld und ihre Abart, die Revenuen-Rentenschuld, zu beurteilen sind.

Im folgenden werden wir die Abweichungen von diesem Prinzip zu erörtern haben, sofern das BGB. denselben nicht schon für die gewöhnliche Grundschuld und Rentenschuld Ausdruck gegeben hat.

I. Besonderheiten der Revenuen-Grundschuld.

1. Der Fall des § 1196 bei Fideikommissen. Zur Bestellung einer nichteigentlichen Revenuen-Grundschuld an Fideikommissen „für den Eigentümer" reicht die Erklärung des Fideikommißbesitzers gegenüber dem Grundbuchamt, daß die Grundschuld für ihn eingetragen werden soll, und die Eintragung aus. Dagegen ist zur Bestellung einer eigentlichen Revenuen-Grundschuld für den Eigentümer die Erklärung des Besitzers, daß die Grundschuld für ihn und die Familie gemeinschaftlich eingetragen werden soll, sowie die dementsprechende Eintragung nicht genügend. Vielmehr ist hier außerdem die Zustimmung der Familie zu der Erklärung des Besitzers, d. h. es ist ein zustimmender Familienschluß notwendig[1]).

[1]) Der Grund liegt darin, daß es sich auch hier in einem gewissen Sinne um eine Verfügung über FKVermögen handelt. — Soll

2. Auch bei Lehnen muß im Falle des § 1196 BGB. zwischen der auf die Besitzzeit des derzeitigen Lehnsbesitzers beschränkten und zwischen der nicht nur auf diese Zeit beschränkten Revenuen-Grundschuld unterschieden werden. Zur Bestellung der zuerst genannten Eigentümer-Revenuen-Grundschuld ist entsprechend den Ausführungen zu 1 die Erklärung des Lehnsbesitzers gegenüber dem Grundbuchamte, daß die Grundschuld für ihn eingetragen werden soll, und die Eintragung ausreichend. Bei der weiterwirkenden Grundschuld ist außerdem die Zustimmung des Lehnsherrn und der Agnaten erforderlich. Soweit dieselbe nicht erteilt worden, muß der Mangel des Konsenses im Grundbuche oder im Hypothekenbriefe vermerkt werden[1]: die Eintragung ist aber im übrigen zulässig. Nur wirkt die Verfügung des Lehnsbesitzers ebenso wie alle späteren Verfügungen über die Revenuen-Grundschuld nicht gegen diejenigen Berechtigten, die ihre Einwilligung nicht gegeben hatten[2]).

3. Die Anwendung des § 1197 bei Fideikommissen begegnet keinen Schwierigkeiten.

a) Ist der Fideikommißbesitzer Gläubiger einer nichteigentlichen Revenuen-Grundschuld, so kann er nicht die Zwangsvollstreckung zum Zwecke seiner Befriedigung betreiben; Zinsen gebühren ihm nur, wenn das Grundstück auf Antrag eines anderen zum Zwecke der Zwangsverwaltung in Beschlag genommen ist, und nur für die Dauer der Zwangsverwaltung.

b) Sind Fideikommißbesitzer und Familie gemeinschaftlich Gläubiger einer eigentlichen Revenuen-Grundschuld, so können sie nicht die Zwangsvollstreckung

später eine derartig begründete Eigentümergrundschuld an einen Dritten übertragen werden, so ist wiederum die Zustimmung der Familie erforderlich; wann hierbei nur die Zuziehung der beiden nächsten Anwärter, wann ein Familienschluß notwendig ist, muß nach den gleichen Grundsätzen wie bei der Verfügung über eine Eigentümerhypothek beurteilt werden.

[1]) § 330, I, 18.

[2]) Es sei denn, daß sie Erben des Lehnsbesitzers geworden sind.

zum Zwecke ihrer Befriedigung betreiben; Zinsen gebühren dem Fideikommißbesitzer nur, wenn das Grundstück auf Antrag eines anderen in Beschlag genommen ist, und nur für die Dauer der Zwangsverwaltung.

4. Bei Lehnen finden die Bemerkungen unter 3 a Anwendung, sofern es sich um eine auf die Besitzzeit beschränkte Revenuen-Grundschuld handelt. Andernfalls dürfte folgendes zu gelten haben:

Sind Lehnsbesitzer, Lehnsherr und Agnaten gemeinschaftlich Gläubiger einer Revenuen-Grundsculd [1]), so können sie nicht die Zwangsvollstreckung zum Zwecke ihrer Befriedigung betreiben: Zinsen gebühren dem Lehnsbesitzer nur, wenn das Grundstück auf Antrag eines andern zum Zwecke der Zwangsverwaltung in Beschlag genommen ist, und nur für die Dauer der Zwangsvollstreckung.

II. Besonderheiten der Revenuen-Rentenschuld.

A. Bei Fideikommissen.

1. § 1201 Abs. 1 schreibt vor: „Das Recht der Ablösung steht dem Eigentümer zu.“ Diese Bestimmung findet bei der einfachen Revenuen-Rentenschuld mit der Maßgabe Anwendung, daß an Stelle des Eigentümers der Fideikommißbesitzer tritt. Bei der Revenuen-Fideikommißrentenschuld kann der Besitzer das Recht der Ablösung nur unter Zustimmung der Familie ausüben, und zwar ist stets ein Familienschluß erforderlich, da die Ausübung des Ablösungsrechts sehr einschneidende Wirkungen hat und auch in gewissem Sinne als Verfügung über Fideikommißvermögen anzusehen ist [2]).

2. Wegen der Bedeutung des § 1201 Abs. 2 Satz 2 bei Revenuen-Rentenschulden vgl. man die Ausführungen auf S. 53, die auch hier maßgebend sind.

---

[1]) Die Frage, wann das der Fall ist, muß genau so wie bei der Revenuen-Eigentümer-Hypothek entschieden werden.

[2]) Ebenso wie die Kündigung einer Hypothek.

3. Inwiefern § 1202 inhaltlich abgeändert werden muß, bedarf mit Rücksicht auf das unter 1 Gesagte keiner Erläuterung[1]).

B. Bei Lehnen.

1. Mit folgender Variation hat § 1201 Abs. 1 Anwendung zu finden: „Dem Lehnsbesitzer steht das Recht der Ablösung bei der auf seine Besitzzeit beschränkten Revenuen-Rentenschuld zu.

Bei der nicht auf diese Besitzzeit beschränkten Revenuen-Rentenschuld kann das Ablösungsrecht grundsätzlich nur unter Zustimmung des Lehnsherrn und derjenigen Agnaten ausgeübt werden, die in die Begründung der Schuld eingewilligt haben.

Übt der Lehnsbesitzer das Recht der Ablösung ohne die Zustimmung der genannten Personen aus, so kann der Gläubiger von ihm die Zahlung der Ablösungssumme aus dem Grundstücke verlangen; gegenüber den übrigen Berechtigten hat aber die Erklärung des Lehnsbesitzers keine rechtliche Wirkung" (vgl. § 1202 Abs. 3)[2]).

2. Was § 1201 Abs. 2 Satz 2 angeht, so ist auf die einschlägigen Bemerkungen auf S. 98 zu verweisen.

3. Mit welcher Maßgabe endlich § 1202 anwendbar ist, ergibt sich ohne weiteres aus den bisherigen Erörterungen.

---

[1]) Nach dem Gesetz, betr. die Errichtung von Landeskulturrenten-Banken, vom 13. Mai 1879, § 32, kann eine Rentenschuld an Fideikommiß- und auch an Lehngrundstücken ohne Einwilligung der Agnaten entstehen, wenn die aufgenommene Darlehnssumme zu Drainierungsanlagen verwendet werden soll. Es handelt sich hier aber, wie aus § 27, auf den § 32 u. a. Bezug nimmt, stets um sogenannte Substanzverpfändungen.

[2]) Die Ausübung des Ablösungsrechts bei einer Rentenschuld ist der Kündigung einer Hypothek sehr ähnlich; darum müssen hier wie dort die gleichen Rechtssätze gelten.

Lebenslauf.

Am 19. Oktober 1888 bin ich, Otto Oswald Herrmann Hubert von Mering in Strassburg i. E. geboren. Ich bin katholischer Religion. Meine Eltern sind der verstorbene Universitätsprofessor Dr. med. Friedrich Joseph Freiherr von Mering und seine Ehefrau Maria, geb. Fuxius.

Nachdem ich durch Privatunterricht vorgebildet worden, bestand ich zu Michaelis 1898 die Aufnahmeprüfung für die Quarta des Stadtgymnasiums zu Halle a. S., dort erhielt ich auch sieben Jahre später, im September 1905, das Zeugnis der Reife.

Im darauffolgenden Wintersemester bezog ich die Universität Halle, dann später die Universitäten Jena, Berlin und Zürich, um Rechts- und Staatswissenschaften zu studieren.

Am 16. Januar 1909 bestand ich vor dem Königlichen Oberlandesgericht Naumburg die erste juristische Prüfung. Durch Verfügung vom 28. Juni 1909 wurde ich zum Referendar ernannt und hierauf dem Königlichen Amtsgericht Bitterfeld zur Beschäftigung überwiesen; zurzeit bin ich indessen beurlaubt.

Das Rigorosum bestand ich am 10. Dezember 1909.

Allen meinen hochverehrten Lehrern, insbesondere den Herren Prof. Dr. von Blume, Prof. Dr. Rehme, Prof. Dr. Schwartz, bin ich für die reiche wissenschaftliche Förderung, sowie für die im Verkehr gewonnene Anregung dauernden Dank schuldig.

Ganz besonders möchte ich Herrn Geh. Justizrat Prof. Dr. Stammler für das mir bei dieser Arbeit bewiesene wohlwollende Interesse ehrerbietig danken.

Thesen.

I.

Revenuenhypotheken an Fideikommissgrundstücken können auch zur Sicherung von Nichtfideikommissschulden bestellt werden.

II.

Fahrlässige Sachhehlerei ist nicht strafbar.

III.

Der öffentliche Glaube des Grundbuchs erstreckt sich nicht auf die aus den Grundsteuerbüchern ersichtlichen Grenzen der Grundstücke.

IV.

Beihilfe ist nur zu vorsätzlich begangener Haupttat möglich.

V.

Nach § 113 St. G. B. macht sich nicht strafbar, wer die Amtsausübung für eine unrechtmässige hält.

VI.

Wenn die Bestellung einer Hypothek nichtig ist, so entsteht keine Hypothek des Eigentümers.

VII.

Eine Unterschlagung des Kommissionärs beim Verkauf ist nicht ausgeschlossen.

VIII.

Ein Wechsel an eigene Order kann in blanko indossiert werden.